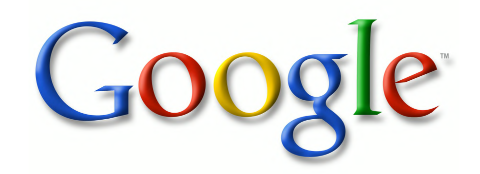


Robt B. Co

York 18

# LÉGISLATION ROMAINE

## III

---

LIVRES III ET IV DES INSTITUTS

---



---

Paris. — Typographie E. Plon, Nourrit et Cie, rue Garancière, 8.

# EXPLICATION HISTORIQUE

DES

# INSTITUTS

## DE L'EMPEREUR JUSTINIEN

AVEC LE TEXTE, LA TRADUCTION EN REGARD ET LES COMMENTAIRES SOUS CHAQUE PARAGRAPHE

PAR

**J. ORTOLAN**

DOUZIÈME ÉDITION

**Augmentée d'appendices
et mise au courant de l'état actuel de l'enseignement du Droit romain**

PAR J. E. LABBÉ

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LIVRES III ET IV DES INSTITUTS




PARIS

LIBRAIRIE PLON

E. PLON, NOURRIT ET C^ie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

10, RUE GARANCIÈRE

1883

# EXPLICATION HISTORIQUE

DES

# INSTITUTS DE JUSTINIEN.

---

## LIVRE TROISIÈME.

| TITULUS I. | TITRE I. |
|---|---|
| DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR. | DES HÉRÉDITÉS QUI SONT DÉFÉRÉES AB INTESTAT. |

994. Nous savons en principe général que, dans le droit romain, il ne pouvait jamais y avoir à la fois hérédité testamentaire et hérédité réglée par la loi. Cette dernière hérédité ne pouvait exister qu'à défaut de l'autre, par conséquent lorsque le défunt était mort absolument intestat.

Dans quel cas mourait-on *intestat?*

A quelle époque s'ouvrait la succession *ab intestat?*

A quelle époque devaient être considérés la capacité, la qualité et le degré des héritiers *ab intestat?*

Voilà trois questions préliminaires qui s'appliquent à tous les ordres d'hérédités *ab intestat*, et sur lesquelles il faut, avant tout, donner les règles du droit romain.

| | |
|---|---|
| Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit. | Celui-là meurt *intestat* qui n'a fait absolument aucun testament, ou aucun de valable, ou dont le testament a été rompu, inutile, ou n'a produit aucun héritier. |

995. La circonstance que quelqu'un meurt intestat, dit Théophile, peut arriver ou en fait ou en droit : en fait, s'il est mort sans avoir laissé aucun testament; en droit, s'il en a laissé un qui n'est pas admis par le droit, soit parce qu'ayant été fait irrégulièrement, ce testament s'est trouvé nul dès le principe, soit parce qu'il a été plus tard rompu par l'agnation ou par la quasi-agnation d'un héritier sien, annulé comme inofficieux, rendu inutile par le changement d'état du testateur, en défaillance par suite de l'incapacité, ou abandonné par suite du refus de tous les héritiers institués.

996. Une seconde règle à observer, c'est que l'hérédité *ab intestat* ne s'ouvre pas dès la mort du défunt, mais seulement du

moment qu'il est certain qu'il n'y a pas d'hérédité testamentaire : *Eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse* (1). Si donc le défunt n'a fait aucun testament, ou si son testament était nul dès le principe, ou s'il s'est trouvé rompu, inutile, infirmé d'une manière quelconque avant son décès, dans tous ces cas, l'hérédité *ab intestat* s'ouvrira au moment même du décès, parce que, dès ce moment, il y a certitude qu'il n'existera pas d'hérédité testamentaire. Mais si le testament, valable encore au jour du décès, ne s'est trouvé annulé, en défaillance ou abandonné que plus tard, par exemple pour cause d'inofficiosité, d'incapacité postérieure des héritiers, ou de répudiation, dans tous ces cas l'hérédité *ab intestat* ne s'ouvrira que du jour que, ces événements ayant eu lieu, il sera devenu certain qu'il n'y aura aucun héritier en vertu du testament (*quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem exstiturum*) (2).

997. Une troisième règle qui n'est que la conséquence de la précédente, c'est que, pour déterminer quels sont les héritiers appelés *ab intestat*, il faut considérer leur existence, leur capacité, leur qualité et leur degré, non pas au jour de la mort du défunt, mais au jour de l'ouverture de sa succession *ab intestat*, ouverture qui peut avoir lieu, comme nous venons de le voir, longtemps après le décès. D'où il suit qu'il peut arriver que telles personnes, qui étaient les plus proches prétendants *ab intestat* au jour du décès, ne soient pas les héritiers au jour de l'ouverture, si, dans l'intervalle, elles sont mortes ou devenues incapables; et qu'à l'inverse, les héritiers *ab intestat* au jour de l'ouverture soient des parents qui n'étaient pas appelés par leur rang au jour du décès (3).

Mais s'il n'est pas nécessaire dans ce cas que les héritiers *ab intestat* fussent les plus proches en degré au jour de la mort du défunt, il est toujours indispensable qu'ils fussent déjà nés ou au moins conçus à cette époque. Car s'ils n'ont été conçus qu'après la mort du défunt, ils ne se sont jamais rencontrés avec lui dans cette vie; ils n'ont jamais pu se rattacher à lui sur cette terre par aucun lien, puisque l'un n'existait déjà plus quand l'autre a commencé d'y vivre : en conséquence, ils ne peuvent avoir aucun droit à sa succession *ab intestat*, quand même ils se trouveraient en premier rang au moment de l'ouverture de cette succession (4).

998. Ces règles préliminaires posées, nous arrivons à l'ordre des héritiers *ab intestat*. Là-dessus nous aurons à examiner avec le texte quatre systèmes successifs qui se modifient progressivement : la législation des Douze Tables, le droit prétorien, les

(1) Voy. ci-dessous, § 7. — (2) Voyez ci-dessous, tit. 2. § 6. — (3) Voyez ci-dessous, tit. 2. § 6. — (4) Nous verrons l'application de ce principe, ci-dessous, § 8.

constitutions impériales antérieures à Justinien, enfin celles de Justinien.

I. Intestatorum autem hereditates ex lege Duodecim Tabularum primum ad suos heredes pertinent.

1. L'hérédité des intestats, d'après la loi des Douze Tables, appartient d'abord aux héritiers siens.

La loi des Douze Tables établissait deux ordres d'héritiers : 1° les héritiers siens ; 2° les agnats. On ne passait au second ordre qu'à défaut du premier. Dans certains cas et pour certaines personnes, il y avait, après les agnats, un troisième ordre, celui des gentils. « Intestatorum hereditas, dit Paul dans ses Sentences, » lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde » agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur (1). » Nous avons, dans notre Histoire de la législation romaine, rapporté là-dessus le texte des Douze Tables, tel qu'il nous est resté d'après Ulpien (tom. I, p. 104, tab. 5, §§ 4 et 5).

Nous examinerons successivement chacun de ces ordres, en commençant par celui des héritiers siens.

A leur égard, nous aurons à voir quelles personnes étaient appelées dans cet ordre : 1° d'après la loi des Douze Tables ; 2° d'après le droit prétorien ; 3° d'après les constitutions impériales antérieures à Justinien ; 4° d'après celles de Justinien.

## *Héritiers siens d'après la loi des Douze Tables.*

II. Sui autem heredes existimantur, ut supra diximus, qui in potestate morientis fuerint : veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quæ super his positæ sunt tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit et filios vel filias habuerit, non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui et eis qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod ob-

2. Sont héritiers siens, comme nous l'avons déjà dit, ceux qui, à la mort du défunt, étaient en sa puissance : tels que le fils, la fille, le petit-fils ou la petite-fille issus d'un fils ; l'arrière-petit-fils ou l'arrière-petite-fille nés d'un petit-fils issu lui-même d'un fils : enfants naturels ou adoptifs, peu importe. Parmi eux doivent aussi compter ceux qui ne sont pas nés de justes noces, mais qui, par leur donation aux curies des cités, selon la teneur des constitutions impériales, acquièrent les droits d'héritiers siens. Comme aussi ceux auxquels se rapportent les constitutions par lesquelles nous avons ordonné que, si quelqu'un ayant vécu avec une femme, sans intention de mariage dans le principe, mais telle cependant qu'il aurait pu l'épouser, et si, en ayant eu des enfants plus tard l'intention de mariage survenant, il dresse avec elle les actes nuptiaux, et qu'il en ait des fils ou des filles, non-seulement il aura comme enfants légitimes en sa puissance paternelle les enfants nés depuis la constitution de dot

(1) PAUL. Sent. 4. 8. 3.

tinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

mais encore les précédents, qui ont fourni aux puînés l'occasion de leur légitimité. Ce qui doit avoir lieu même quand il ne serait né aucun enfant après la confection de l'acte dotal, ou que ceux nés depuis seraient tous prédécédés. Toutefois, les petits-fils ou petites-filles, arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, ne sont au nombre des héritiers que dans le cas où la personne qui les précède a cessé d'être sous la puissance de l'ascendant, soit par décès, soit par toute autre cause; par exemple, par émancipation. Car si, à la mort d'un citoyen, son fils est encore sous sa puissance, le petit-fils né de ce fils ne peut être héritier sien; et ainsi de suite pour les autres descendants. Les postumes qui, s'ils étaient nés du vivant de l'ascendant, seraient nés sous sa puissance, sont également héritiers siens.

999. L'intelligence de ce paragraphe doit nous être claire, d'après ce que nous avons dit précédemment sur la puissance paternelle (tom. II, n°ˢ 92 et suiv.), sur les héritiers siens (tom. II, n°ˢ 806 et suiv.), et sur les postumes (tom. II, n°ˢ 183, 697 et suiv.). Ainsi, que la puissance paternelle provienne de justes noces, de l'adoption, ou de la légitimation par oblation à la curie ou par mariage subséquent, peu importe, les enfants soumis à cette puissance au moment du décès, et les premiers en rang, sont héritiers siens du défunt.

III. Sui autem etiam heredes ignorantes fiunt, et licet furiosi sint heredes possunt existere : quia quibus ex causis ignorantibus nobis adquiritur, ex his causis et furiosis adquiri potest, et statim a morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.

3. Les héritiers siens deviennent héritiers même à leur insu, et encore qu'ils soient fous; parce que toutes les causes qui nous font acquérir à notre insu font aussi acquérir aux fous, et parce que, le père mort, il y a en quelque sorte continuation immédiate du domaine. D'où il suit qu'il n'est besoin ni aux pupilles de l'autorisation du tuteur, ni au fou du consentement du curateur pour l'acquisition de l'hérédité, qui a lieu à leur insu et de plein droit.

1000. Cette règle nous est déjà connue (t. II, n°ˢ 808 et suiv.). Il faut appliquer ici tout ce que nous avons déjà dit sur l'immixtion et l'abstention des héritiers siens.

IV. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur : veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris. Jus enim postliminii hoc facit.

4. Quelquefois le fils, bien qu'il ne fût pas sous la puissance du père au moment de sa mort, lui devient cependant héritier sien; par exemple, celui qui revient de chez l'ennemi après la mort du père; car tel est l'effet du postliminium.

1001. Nous savons que les droits du captif étaient simplement

en suspens, mais non rompus, et que, par l'effet du *postliminium,* la suspension se résolvant, les droits se trouvaient rétablis dans leur intégrité (t. II, nº 163).

**V.** Per contrarium autem evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat : veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit *perduellionis reus,* ac per hoc *memoria ejus damnata fuerit.* Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.

**5.** En sens inverse, il peut arriver qu'un fils, bien qu'il fût dans la famille à la mort du père, ne lui devienne cependant pas héritier sien : par exemple, si le père, après sa mort, a été jugé *coupable de haute trahison,* et *sa mémoire condamnée* pour ce crime. Il ne peut avoir, en effet, d'héritier sien, puisque c'est le fisc qui lui succède. Toutefois, on peut dire que de droit il y a un héritier sien, mais qui cesse de l'être.

**1002.** *Perduellionis reus.* Il s'agit ici du crime de haute trahison contre l'État ou le prince (1).

*Memoria ejus damnata fuerit.* L'accusation de haute trahison, dit Théophile sous ce paragraphe, diffère des autres poursuites criminelles en ce que toutes les autres s'éteignent par la mort du coupable, tandis que l'accusation de haute trahison s'exerce même contre les morts (2). Cette réflexion nous donne l'explication de notre paragraphe. En effet, lorsqu'un citoyen était condamné à la déportation ou à l'esclavage de la peine, et qu'il essuyait ainsi la moyenne ou la grande diminution de tête, cet événement n'ouvrait pas sa succession au profit de ses héritiers; mais tous ses biens étaient confisqués, dévolus au fisc (3). Pour tout autre crime que celui de haute trahison, il pouvait arriver de deux choses l'une : ou l'accusé mourait avant la condamnation, et alors la poursuite était éteinte, il mourait dans l'intégrité de ses droits (4), sa succession était ouverte, ses héritiers la recueillaient; ou la condamnation était prononcée de son vivant, et alors avant sa mort, par l'effet de sa condamnation, sa famille était dissoute, sa puissance paternelle et tous ses autres droits évanouis; il n'y avait plus pour lui de succession, mais confiscation de ses biens. S'il s'agissait au contraire du crime de haute trahison, il pouvait arriver que le coupable mourût avant aucune poursuite. Dans ce cas, au moment de sa mort, il était encore dans tous ses droits; ses enfants étaient encore, en ce moment, sous sa puissance, dans sa famille, *in familia defuncti mortis tempore,* comme dit le texte, sa succession était ouverte; ses héritiers siens, ou autres, appelés : et cependant, l'accusation de haute trahison intervenant plus tard, sa mémoire étant condamnée, cette condamnation opérant un effet rétroactif et emportant confiscation de ses biens, il arrivait que ses enfants, bien qu'ils fussent encore sous sa puissance et dans sa famille au moment de sa mort, n'étaient pas ses héritiers siens;

(1) DIG. 48. 4. 11. f. Ulp. — (2) Notre ancienne jurisprudence pénale avait recueilli ce mauvais héritage dans ce qu'on appelait *les procès aux cadavres.* — (3) COD. 9. 49. 2. 4 et 6. — (4) DIG. 48. 4. 11.

ou plutôt, ils l'avaient été selon le droit, mais ils cessaient de l'être par suite de la condamnation prononcée contre la mémoire du défunt (*ipso jure suum heredem esse, sed desinere*).

VI. Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve exstant, pariter ad hereditatem avi vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione, et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes et proneptes in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est *non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi* : ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si ex duobus filiis nepotes neptesve exstant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia.

6. Lorsqu'il existe un fils ou une fille, avec un petit-fils ou une petite-fille issus d'un autre fils, ils sont appelés ensemble à l'hérédité de l'aïeul, et le plus proche en degré n'exclut pas le plus éloigné. L'équité veut en effet que les petits-fils et les petites-filles succèdent en la place de leur père. Par la même raison, s'il existe un petit-fils ou une petite-fille issus d'un fils, avec un arrière-petit-fils ou une arrière-petite-fille issus d'un petit-fils, ils sont appelés ensemble. Une fois admis que les petits-fils, petites-filles, arrière-petits-fils et arrière-petites-filles succèdent en la place de leur père, il a paru conséquent que l'hérédité se divisât *non par têtes, mais par souches* : ainsi le fils aura la moitié de l'hérédité, et les descendants d'un autre fils, qu'ils soient deux ou davantage, auront l'autre moitié. De même, s'il ne reste que des petits-fils ou petites-filles issus de deux fils, par exemple un ou deux d'un côté, et trois ou quatre de l'autre, ceux-là, qu'ils soient un ou deux, auront la moitié; et ceux-ci, qu'ils soient trois ou quatre, l'autre moitié.

1003. *Non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi.* C'est la distinction entre le partage par têtes et le partage par souches.

Le premier a lieu s'il n'existe que des héritiers siens au premier degré, fils ou filles, sans distinction, pourvu qu'ils ou qu'elles fussent sous la puissance du défunt. On fait autant de parts égales qu'il y a de têtes, c'est-à-dire d'héritiers; et chaque tête, c'est-à-dire chaque héritier, a la sienne.

1004. Le partage par souches a lieu si, parmi les fils au premier degré, il en est qui soient morts avant l'ouverture de la succession *ab intestat*, laissant après eux des enfants dans la famille. Dans ce cas, ces enfants prendront à eux tous et se partageront entre eux la part que leur père aurait prise. Ici, on ne fait donc pas autant de parts égales qu'il y a de têtes d'héritiers; mais chaque fils au premier degré est considéré dans la famille comme une souche d'où partent de nouveaux rameaux : on fait autant de parts égales qu'il y a de souches, et cette part est dévolue, dans chaque souche, soit au chef, s'il existe encore, soit aux rameaux qu'il a laissés, s'il est mort avant l'ouverture de la succession.

Le partage par souches a également lieu, soit qu'il reste à la

fois des fils ou des filles au premier degré et des descendants d'autres fils prédécédés; soit que les fils et les filles au premier degré étant tous morts, il ne reste que des descendants des fils. Du moment qu'on arrive, dans la succession, à ces descendants, c'est-à-dire aux rameaux d'une ou de plusieurs souches, il faut nécessairement que le partage ait lieu par souches.

Observons bien que le texte, toutes les fois qu'il parle ici des petits-fils ou petites-filles, arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, etc., appelés comme héritiers siens au partage par souches, exprime toujours qu'ils descendent d'un enfant mâle : *ex altero filio; ex nepote; ex duobus filiis*. En effet, nous savons que les femmes qui se trouvent dans la famille y sont bien héritiers siens, mais que leurs enfants ne le sont pas, puisqu'ils n'entrent pas dans la famille maternelle.

**VII.** Cum autem quæritur an quis suus heres existere possit, eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus : et filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos : et hoc certum est.

**7.** L'époque à considérer pour savoir si quelqu'un peut être héritier sien est celle où il est devenu certain que le défunt est mort sans testament : ce qui comprend le cas où son testament a été abandonné. Ainsi, un aïeul ayant laissé son fils exhérédé et un étranger institué, et le fils étant mort, si, postérieurement à cette mort, il devient certain que, soit par refus, soit par impossibilité, l'institué ne sera pas héritier en vertu du testament, ce sera le petit-fils qui sera héritier de l'aïeul, parce qu'à l'époque où il devient certain que le chef de famille était mort intestat, il n'existe que le petit-fils : cela ne fait aucun doute.

1005. C'est l'application du principe général que nous avons posé ci-dessus (n° 997), relativement à l'époque à laquelle doivent être considérés la capacité et le degré des héritiers *ab intestat*. Dans l'exemple cité par le texte, le petit-fils n'était pas le plus proche héritier au jour du décès, parce qu'à cette époque il était précédé par son père; mais comme la succession *ab intestat* ne s'est ouverte que plus tard, lorsque le testament qui existait est devenu inutile par la défaillance de l'institué; et comme à cette seconde époque, le petit-fils, ayant perdu son père, s'est trouvé le premier en degré, c'est lui qui est héritier sien.

**VIII.** Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. *Sic nec ille est inter liberos avi*, quem

**8.** Et encore qu'il soit né après la mort de l'aïeul, pourvu qu'il ait été conçu de son vivant, le petit-fils, par la mort de son père, et par l'abandon postérieur du testament de l'aïeul, devient héritier sien. Bien entendu que, s'il n'a été conçu qu'après la mort de l'aïeul, le décès de son père et l'abandon postérieur du testament ne le rendent pas héritier sien, parce qu'il n'a touché par

filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sint quantum ad hereditatem liberi, *neque bonorum possessionem* petere possunt quasi proximi cognati.

*Hæc de suis heredibus.*

aucun lien de parenté au père de son père. C'est ainsi qu'on ne compte pas non plus *parmi les enfants de l'aïeul* celui qu'un fils aurait adopté après avoir été émancipé. Ces descendants, n'étant pas comptés comme enfants quant à l'hérédité, ne peuvent pas davantage demander *la possession des biens*, comme plus proches cognats.

*Voilà quant aux héritiers siens.*

1006. C'est le principe énoncé ci-dessus (n° 997), qu'il faut, pour avoir des droits dans une hérédité, avoir été au moins conçu avant la mort du défunt.

*Sic nec ille est inter liberos avi.* Ce n'est ici qu'une sorte de comparaison. Il est bien évident que l'adoption que fait, après son émancipation, le fils émancipé, n'établit aucune espèce de lien de filiation à l'égard du père émancipateur; le fils émancipé étant sorti de la famille de son père, les enfants qu'il adopte postérieurement sont étrangers au père, et naturellement et civilement.

*Neque bonorum possessionem.* Ainsi, les membres de la famille qui n'étaient encore ni nés ni conçus au jour de la mort du défunt n'ont sur la succession *ab intestat* de ce défunt aucune espèce de droit, ni civil, ni prétorien.

1007. *Hæc de suis heredibus.* Ici s'arrête l'énumération des héritiers siens et des règles qui les concernent, d'après la loi des Douze Tables. Dans ce système on n'a aucun égard au lien naturel du sang, la loi ne considère que le lien civil résultant de la puissance paternelle. Les enfants descendant du défunt, qui n'étaient pas sous sa puissance au jour de sa mort, n'ont aucun droit sur sa succession *ab intestat*. Ce qui comprend trois classes d'enfants : 1° les émancipés; 2° les enfants donnés en adoption; 3° les descendants par les filles. C'est sur ces trois classes d'enfants qu'ont porté les adoucissements introduits successivement à la rigueur du droit civil; de sorte que, progressivement, tous ces enfants, bien que placés hors de la famille et de la puissance paternelle, se sont trouvés appelés à la succession *ab intestat* de leur ascendant, à leur rang de filiation, en concours avec les véritables héritiers siens, sans être eux-mêmes héritiers siens.

C'est le droit prétorien qui, le premier, a commencé cette réforme pour les enfants émancipés et pour ceux donnés en adoption.

## *Enfants appelés au rang des héritiers siens par le droit prétorien.*

IX. *Emancipati autem liberi*, jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem Duodecim Tabularum vocantur.

9. *Les enfants émancipés*, d'après le droit civil, n'ont aucun droit : ils ne sont, en effet, ni héritiers siens, puisqu'ils sont sortis de la puissance paternelle, ni appelés à aucun autre titre

Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis *bonorum possessionem* UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent : sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque, duobus liberis exstantibus, emancipato et qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est *solus suus heres*. Sed, cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, *evenit ut suus heres pro parte heres fiat*.

par la loi des Douze Tables. Mais le préteur, mû par l'équité naturelle, leur donne *la possession des biens* UNDE LIBERI, comme s'ils avaient été sous la puissance de l'ascendant à l'époque de sa mort, et cela qu'ils soient seuls, ou qu'ils concourent avec des héritiers siens. Ainsi, qu'il existe deux enfants, l'un émancipé, l'autre soumis au défunt au jour de sa mort, certainement ce dernier est seul héritier par le droit civil, c'est-à-dire *seul héritier sien*. Mais comme l'émancipé, par le bienfait du préteur, est admis à prendre part, il en résulte que *l'héritier sien n'est plus héritier que pour partie*.

1008. Nous avons déjà expliqué (t. II, n° 708) comment le préteur, ayant égard au lien naturel, appela à l'hérédité *ab intestat*, en concours avec les héritiers siens, les enfants émancipés : d'où naissait pour le père émancipateur qui faisait un testament l'obligation de les exhéréder. Il ne nous reste plus ici que quelques détails à donner. (App. 1, liv. 3.)

*Emancipati autem liberi.* Ce qui s'applique non-seulement aux enfants qui ont été personnellement émancipés, mais encore à leur postérité. Ainsi, les enfants que le fils émancipé a eus après son émancipation sont, en cas de prédécès de leur père, appelés à sa place par le préteur dans la succession de l'aïeul émancipateur, au rang des héritiers siens (1). De même les enfants du fils émancipé qui étaient déjà nés avant l'émancipation, et qui, par conséquent, étant restés sous la puissance de l'aïeul, n'ont pas suivi celle de leur père, n'en sont pas moins appelés par le préteur au nombre des héritiers siens de ce dernier (2). Enfin, la décision du préteur s'appliquait, en général, à tous les cas où les enfants et descendants se trouvaient par une cause quelconque hors de la puissance paternelle de leur père ou de tout autre ascendant (3). Ils n'en étaient pas moins appelés, à cause du seul lien naturel, à la succession *ab intestat*, à leur rang, en concours avec les héritiers siens, pourvu, bien entendu, qu'ils jouissent des droits de cité. Ainsi, si la puissance paternelle a été dissoute, soit par la déportation, soit par l'esclavage de la peine, et qu'il y ait eu plus tard restitution, bien que la puissance paternelle ne se trouve pas rétablie par cette restitution, les enfants n'en seront pas moins appelés à l'hérédité prétorienne de leur ascendant (4). Le cas de dissolution de la puissance paternelle par adoption était seul régi par des règles particulières, que nous expliquerons au paragraphe suivant.

*Possessionem* UNDE LIBERI. Ainsi, constatons bien que le pré-

(1) DIG. 37. 4. 3. pr. f. Ulp. — (2) *Ib.* 6. f. Paul. et 21. f. Modest. — (3) *Ib.* 1. § 6. f. Ulp. — (4) *Ib.* 37. 4. 1. § 9. — *Ib.* 2. f. Hermog

teur, en appelant ces enfants en concours avec les héritiers siens, ne les rend pas eux-mêmes *héritiers siens* : ce n'est que par une possession de biens qu'il les appelle. Nous exposerons plus loin, d'une manière spéciale, tout ce qui concerne les possessions de biens, et en particulier celle nommée *unde liberi ;* en attendant, ce que nous en avons dit t. II, n°ˢ 708 et 709, suffira.

*Solus suus heres. Sed evenit ut pro parte heres fiat.* C'est-à-dire que, quant au droit et au titre, les enfants placés sous la puissance du défunt sont seuls *héritiers siens ;* mais, quant au fait et à la possession, par suite du concours des autres enfants, ils ne recueillent qu'une partie de l'hérédité.

X. At hi *qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt,* non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi : si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc æque extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

10. Mais ceux *qui, émancipés par leur père, se sont donnés en adrogation,* ne sont point admis aux biens de leur père naturel en qualité d'enfants, si toutefois, à sa mort, ils étaient encore dans leur famille adoptive. Car si de son vivant ils ont été émancipés par le père adoptif, ils sont admis aux biens du père naturel, comme si, émancipés par lui, ils n'avaient jamais passé dans une famille adoptive. Quant au père adoptif, ils lui deviennent dès ce moment étrangers. Si c'est après la mort du père naturel qu'ils ont été émancipés par le père adoptif, à l'égard de ce dernier ils deviennent également étrangers, sans acquérir pour cela aucun droit au rang d'enfants sur les biens du père naturel. Le motif de cette décision, c'est qu'il eût été inique de laisser le père adoptif maître de déterminer à qui appartiendraient les biens du père naturel, à ses enfants ou aux agnats.

1009. Ce paragraphe se trouve déjà expliqué en partie par ce que nous avons dit précédemment sur le même sujet, t. II, n° 710.

*Qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt.* Le texte ne parle ici que des enfants émancipés, qui, après leur émancipation, se seraient eux-mêmes donnés en adrogation à un tiers; mais nous savons par le passage précédemment indiqué (t. II, n° 710) qu'il en était absolument de même pour les enfants donnés directement par leur père en adoption à un tiers. Les dispositions du paragraphe s'appliquent donc et aux enfants donnés en adoption par leur père, et aux enfants émancipés par leur père, qui se sont donnés eux-mêmes en adrogation.

Il faut remarquer que ces enfants, dans ces deux cas, diffèrent les enfants purement émancipés, en ce que non-seulement ils sont sortis de la puissance et de la famille de leur père, mais de plus, ils sont entrés sous la puissance et dans la famille d'un tiers, sur la succession duquel ils ont acquis des droits d'héritiers siens,

en compensation de ceux qu'ils ont perdus dans leur famille naturelle. C'est cette différence de situation en ce qui les concerne qui a motivé la différence des dispositions du droit prétorien à leur égard.

1010. Cela posé, remarquons que le texte s'occupe de déterminer les droits de succession qu'ils peuvent avoir et dans la famille du père naturel et dans celle du père adoptif. A cet égard, le texte suppose trois cas : 1° qu'ils se trouvent encore dans la famille du père adoptif; 2° qu'ils en ont été renvoyés par émancipation, du vivant de leur père naturel; 3° qu'ils en ont été renvoyés par émancipation, mais seulement après la mort de leur père naturel.

*Dans le premier cas*, s'ils ont perdu leurs droits de succession dans une famille, ils les ont acquis dans l'autre : ils sont héritiers siens du père adoptif; en conséquence, le préteur ne leur accorde aucun droit de possession sur l'hérédité du père naturel.

*Dans le second cas*, renvoyés de la famille adoptive, ils n'y conservent plus aucune espèce de droits, car ils n'y tenaient que par un lien civil, et ce lien est brisé. Afin donc qu'ils ne se trouvent pas dépourvus de toute hérédité, dès ce moment le préteur leur rend le privilége des liens du sang à l'égard de leur père naturel qui vit encore : ainsi, à la mort de ce dernier, ils seront appelés à son hérédité par la possession *unde liberi*, en concours avec les héritiers siens.

*Dans le troisième cas*, leur sortie de la famille adoptive les laisse sans aucun droit d'hérédité dans cette famille, et néanmoins le préteur ne leur en rend aucun sur l'hérédité du père naturel : en effet, ce dernier étant déjà mort précédemment, l'émancipation postérieure du père adoptif, qui, selon le droit prétorien, devait les faire rentrer dans l'hérédité du père naturel, ne les y fait rentrer que trop tard; ils sont, en quelque sorte, semblables, sous ce rapport, à des descendants qui n'auraient été conçus et ne seraient nés qu'après la mort du défunt. Ils n'ont aucun droit dans la succession de ce défunt. Le texte d'ailleurs en donne encore une autre raison : c'est qu'il ne doit pas dépendre du père adoptif, en les émancipant après coup, lorsque leur père naturel est décédé, de changer l'ordre de la succession de ce dernier. Ainsi, voilà un cas où, d'après le droit prétorien, il pouvait arriver que les enfants adoptifs se trouvassent dépourvus de toute hérédité paternelle, tant de celle du père naturel que de celle du père adoptif. C'était à cet inconvénient que Justinien avait porté remède, ainsi que nous l'avons indiqué en traitant de l'adoption (t. II, nos 138 et suiv.).

**XI.** Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales : namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant; adoptivi vero emancipati, et jure civili perdunt gradum liberorum, et a

**11.** Les enfants adoptifs ont donc moins de droits que les naturels, puisque ceux-ci, quoique émancipés, retiennent par le bienfait du préteur leur degré d'enfants, qu'ils perdent par le droit civil; tandis que les adoptifs, par

prætore non adjuvantur : et recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve, aut nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione perdunt.

l'émancipation, perdent, d'après le droit civil, leur degré d'enfants, sans obtenir aucun secours du préteur : et c'est avec raison. En effet, les droits naturels ne peuvent pas être détruits par la loi civile, et ces enfants ne peuvent pas, parce qu'ils cessent d'être héritiers siens, cesser d'être fils, filles, petits-fils ou petites-filles. Quant aux adoptifs, au contraire, une fois émancipés, ils sont étrangers, parce que leur titre de fils ou de fille, qu'ils ne tiennent que de l'adoption, une autre institution civile, c'est-à-dire l'émancipation, le leur enlève.

**XII.** Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione, quam *contra tabulas* testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis neque ut oportet exheredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerint, et emancipatos, vocat prætor ad eam bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item, adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit; quia desinunt numero liberorum esse.

**12.** Les mêmes règles s'appliquent à cette possession de biens que le préteur promet *contre les tables* du testament paternel aux enfants omis : c'est-à-dire qui n'ont été ni institués, ni régulièrement exhérédés. Car le préteur appelle à cette possession de biens et les enfants soumis à la puissance de l'ascendant au jour de sa mort, et les émancipés; mais il en repousse ceux qui, à la mort de l'ascendant, se trouvaient dans une famille adoptive. Pareillement, il n'admet pas plus à cette possession *contra tabulas*, qu'à la possession *ab intestat*, les enfants adoptifs, émancipés par le père adoptant, sur les biens de ce dernier, parce qu'ils ont cessé d'être au nombre de ses enfants.

1011. *Contra tabulas*. De ce que les enfants émancipés ou donnés en adoption étaient, dans les divers cas que nous venons d'exposer ci-dessus, appelés par le préteur à l'hérédité paternelle en concours avec les héritiers siens, résultait l'obligation, pour le père qui faisait un testament, de les repousser formellement de cette hérédité, ou, en d'autres termes, de les exhéréder, s'il ne les voulait pas pour héritiers. En cas d'omission, le testament, selon le droit civil, n'était pas nul; mais le préteur donnait aux enfants omis, pour le faire rescinder, la possession de biens *contra tabulas*. Tout ceci n'est que la répétition de ce que nous avons déjà expliqué t. II, nos 709, 710 et 711.

**XIII.** Admonendi tamen sumus, eos qui in adoptiva familia sunt, qui post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agna-

**13.** Avertissons cependant que les enfants qui, à la mort du père naturel, se trouvent dans une famille adoptive et n'en sont émancipés que postérieurement, bien qu'ils ne soient pas appelés à la succession ab intestat de leur père naturel, par cette partie de l'édit qui appelle les enfants à la possession des biens, y sont appelés cependant par une autre partie, celle qui appelle les cognats du défunt. A ce titre ils sont admis, s'il n'y

tus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos heredes quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

a ni héritiers siens, ni émancipés, ni agnats. Car le préteur appelle d'abord tant les héritiers siens que les émancipés, ensuite les héritiers légitimes, et enfin les plus proches cognats.

1012. Ce paragraphe n'appartient réellement pas à l'ordre d'hérédité dont nous traitons ici; ce n'est qu'un avertissement anticipé : *admonendi tamen sumus*. L'ordre des cognats, dans l'hérédité, était un troisième ordre que le préteur appelait à défaut des deux premiers, c'est-à-dire après les héritiers siens et les agnats. Nous verrons que tous les parents par le sang étaient appelés dans ce troisième ordre, sans aucun égard aux liens civils de famille; par conséquent les enfants et descendants non admis parmi les héritiers siens se trouvaient dans ce troisième ordre en tête des cognats. Mais ce n'était là qu'un rang bien subsidiaire, puisqu'il n'arrivait qu'après deux ordres précédents d'héritiers.

*Enfants appelés au rang des héritiers siens par les constitutions impériales antérieures à Justinien.*

1013. Le droit prétorien, par les dispositions que nous venons d'exposer, avait adouci la rigueur du droit civil à l'égard des enfants émancipés et de ceux donnés en adoption; mais rien n'avait été fait pour les descendants des filles.

Ce fut une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius qui pourvut à leurs intérêts. Cette constitution décida que lorsqu'une fille, membre de la famille et par conséquent héritier sien, serait morte avant l'ouverture de la succession *ab intestat*, ses enfants ou petits-enfants, bien qu'ils fussent, selon le droit civil, étrangers à la famille maternelle, viendraient dans cette succession représenter leur mère et prendre la part qu'elle y aurait prise, toutefois avec une certaine diminution. S'ils venaient ainsi en concours avec d'autres héritiers siens, ils ne devaient prendre que les deux tiers de la portion maternelle; et si, aucun autre héritier sien n'existant, ils venaient exclure les agnats, auxquels la succession aurait appartenu d'après le droit civil, la constitution voulait que ceux-ci retinssent, comme une sorte de Falcidie, le quart de l'hérédité.

Telles sont les dispositions de cette constitution que nous trouvons au Code Théodosien (1), et dont les Instituts nous donnent la paraphrase dans le § 15, ci-après.

(1) CODE THÉODOSIEN, liv. 5. tit. 1. const. 4. Nous croyons utile d'en donner ici le texte :

« Si defunctus cujuscunque sexus aut numeri reliquerit filios, et ex filia » defuncta cujuscunque sexus aut numeri nepotes, ejus partis quam defuncti filia, » superstes patri, inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur » nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve ejus quæ defuncta » est, id est filiis filiabusque ejus de cujus bonis agitur, avunculis scilicet sive

*Enfants appelés au rang des héritiers siens par les constitutions de Justinien.*

1014. Par les dispositions du droit prétorien et des constitutions impériales que nous venons d'exposer, la rigueur du droit civil se trouvait corrigée :

A l'égard des enfants émancipés, dans tous les cas;

A l'égard des enfants entrés par adoption dans une autre famille, seulement dans certains cas, savoir : s'ils avaient été renvoyés de la famille adoptive avant la mort du père naturel;

A l'égard des enfants et descendants des filles, seulement en partie, puisqu'ils devaient laisser un tiers ou un quart de la portion de leur mère, selon qu'ils venaient à l'hérédité avec d'autres héritiers siens ou seulement avec des agnats.

Justinien compléta ce qui manquait à ces adoucissements.

Il n'eut rien à ajouter à l'égard des enfants émancipés.

Pour les enfants donnés en adoption, nous savons qu'il introduisit un nouveau système, d'après lequel l'adoption ne fit plus perdre les droits de famille dans la famille naturelle.

Quant aux descendants par les filles, il les restreignit toujours aux deux tiers de la portion de leur mère, s'ils venaient en concours avec d'autres héritiers siens; mais il leur donna la totalité de l'hérédité, s'il ne restait que des agnats, de sorte qu'ils exclurent complétement les agnats, comme auraient fait de véritables héritiers siens.

Telles sont les dispositions exposées dans les paragraphes suivants.

**XIV.** Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, et, adoptione facile per emancipationem

**14.** Tel était le droit ancien, mais nous y avons apporté plusieurs modifications, par notre constitution sur les enfants donnés en adoption par leur père naturel. En effet, nous avons trouvé que, dans certains cas, ces enfants perdant et la succession de leur père naturel à cause de l'adoption, et le droit d'adoption, si facilement dissous par l'émancipation, ils n'étaient appelés à la suc-

» materteris eorum quorum commodo legem sancimus, adcrescat. Quod si his » defunctus, de cujus bonis loquimur, habebit ex filia nepotes, et præterea filios » non habebit, sed, qui præferri nepotibus possint, habebit agnatos, in quam- » dam Falcidiam, et in dodrantem nepotes jure succedant. Hæc eadem quæ de » avi materni bonis constituimus, de aviæ maternæ sive etiam paternæ, simili » æquitate, sancimus : nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus, justa » semodis ratione, monstraverit. Non solum autem si intestatus avus aviave defe- » cerit, hæc de nepotibus quæ sancimus jura servamus : sed etsi avus, vel avia, » quibus hujusmodi nepotes erant, testati obierint, et præterierint nepotes, aut » exheredaverint eosdem, et de injusto avorum testamento, et si quæ filiæ pote- » rant vel de re vel de lite competere actiones, nepotibus deferemus, secundum » justum nostræ legis modum, quæ de parentum inofficiosis testamentis compe- » tunt filiis. »

soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta : nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili neque prætorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest; neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum *neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus*. Nam et in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum. Quæ specialiter et singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

cession ni de l'un ni de l'autre père. Corrigeant ce point, suivant notre usage, nous avons rédigé une constitution qui explique comment, lorsqu'un ascendant naturel aura donné son fils en adoption à un autre, tous les droits resteront entiers comme si cet enfant fût demeuré sous la puissance du père naturel et que l'adoption n'eût eu lieu en aucune façon; sauf, en ce point, qu'il pourra venir à la succession ab intestat du père adoptif. Mais si ce dernier a fait un testament, l'adopté ne pourra prétendre à rien de son hérédité, ni par le droit civil, ni par le droit prétorien, ni par la possession des biens *contra tabulas*, ni par la querelle d'inofficiosité; car aucune obligation n'est imposée au père adoptif d'instituer ou d'exhéréder un enfant qui ne tient à lui par aucun lien naturel : et cela quand même il s'agirait *d'un adopté pris entre trois mâles, selon le sénatus-consulte Sabinien;* car même dans ce cas, nous ne maintenons à l'adopté ni la quarte, ni aucune action pour la poursuivre. Notre constitution excepte toutefois celui qui serait pris en adoption par un ascendant naturel, parce qu'à son égard le droit naturel concourant avec le droit civil, nous avons conservé à une telle adoption tous ses anciens effets, de même qu'à celle d'un père de famille qui se donne en adrogation; toutes dispositions qu'on peut voir spécialement et en détail par le texte de notre constitution.

1015. Les dispositions de ce paragraphe nous sont déjà connues par ce que nous en avons dit en traitant de l'adoption (t. II, nos 136 et suiv.). (App. 1, liv. 3.)

*Neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus*. Nous savions déjà, et le texte nous répète ici, que l'adoption, d'après Justinien, ne produisant plus la puissance paternelle, l'adopté n'a plus sur les biens de l'adoptant que des droits de succession *ab intestat,* sans aucun droit de se plaindre si l'adoptant, ayant fait un testament, ne lui a absolument rien laissé. Et cela, nous dit le texte, quand même il s'agirait d'une personne adoptée entre trois enfants mâles. A cet égard, voici, dit Théophile dans sa paraphrase, ce qu'il faut savoir : « Si, » ayant trois trois enfants mâles, j'en donne un en adoption, cette » adoption se nomme *ex tribus maribus*. Et il existe le sénatus- » consulte Sabinien qui dispose que vous, adoptant, vous serez » dans l'obligation de laisser le quart de vos biens à celui que » vous avez ainsi adopté entre trois enfants mâles; et, si vous ne » lui laissez pas ce quart, le sénatus-consulte lui donne lui-même

» une action pour en poursuivre la délivrance contre vos héritiers. » L'intention de ce sénatus-consulte, sur lequel nous n'avons pas de donnée plus positive, et que nous plaçons, par conjecture, sous le règne de Marc-Aurèle (an de R. 914 à 922), est facile à apercevoir. Le sénatus-consulte avait voulu mettre l'enfant adopté entre trois mâles à l'abri des événements qui, après lui avoir fait perdre, par suite de l'adoption, ses droits de succession dans sa famille naturelle, pourraient encore lui faire perdre les mêmes droits dans la famille adoptive, s'il en était renvoyé ou s'il y était exhérédé. En conséquence le sénatus-consulte lui avait assuré, contre tout événement, une quarte sur l'hérédité du père adoptant. D'après le droit de Justinien, l'adopté ne perdant plus ses droits de succession dans la famille naturelle, l'assurance de cette quarte devient hors de propos.

Mais pourquoi le sénatus-consulte Sabinien avait-il réservé ce privilége à l'enfant adopté entre trois mâles? Qu'y avait-il de particulier dans ce genre d'adoption spéciale? C'est ce que nous ne connaissons pas bien. L'opinion de Heineccius, qui suppose que la quarte était accordée sur les biens, non pas du père adoptant, mais du père naturel, est évidemment inadmissible.

**XV.** Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes qui ex virili sexu descendunt ad suorum vocabat successionem, et juri agnatorum eos anteponebat; nepotes autem qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus, cognatorum loco numerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere : sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eumdem gradum et ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum vel neptum vel deinceps de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt; ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, *quando femina mortua sit cujus de hereditate agitur :* iisque, licet soli sint, adeuntibus, *agnatos minime vocabant*. Et quemadmodum lex Duodecim Tabularum filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui

**15.** Pareillement l'antiquité, plus favorable à la ligne masculine, n'appelait à la succession des siens et ne préférait aux agnats que les petits-fils descendant par mâles; quant aux petits-enfants issus des filles, et aux arrière-petits-enfants issus des petites-filles, elle ne les comptait qu'au rang des cognats et les appelait seulement après l'ordre des agnats, dans la succession soit de leur aïeul ou bisaïeul maternel, soit de leur aïeule ou bisaïeule paternelle ou maternelle. Mais les divins empereurs ne souffrirent pas qu'une telle violation du droit naturel restât sans correction convenable, et puisque le titre de petits-enfants ou arrière-petits-enfants est commun aux descendants tant par les femmes que par les hommes, ils leur attribuèrent le même degré et le même ordre de succession. Seulement, afin de laisser quelque chose en plus à ceux qui ont en leur faveur non-seulement le suffrage de la nature, mais encore celui de l'ancien droit, ils pensèrent que la part des petits-fils, petites-filles, et autres descendants par les femmes, devait subir quelque diminution, de telle sorte qu'ils eussent un tiers de moins que n'aurait eu leur mère ou leur aïeule, ou bien leur père ou leur aïeul paternel ou maternel, *s'il s'agit de la succession d'une femme*. Et lorsqu'il n'y a pas d'au-

ad successionem avi vocat, ita et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ, cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

tres descendants qu'eux, s'ils font adition, *les agnats ne sont nullement appelés*. Ainsi, de même que la loi des Douze Tables appelle les petits-enfants ou arrière-petits-enfants de l'un et de l'autre sexe à prendre dans la succession de leur aïeul la place de leur père prédécédé, de même les constitutions impériales les appellent à y prendre la place de leur mère ou de leur aïeule, sauf la diminution d'un tiers, déjà indiquée.

1016. Ce sont les dispositions de la constitution des empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius, que nous venons de rapporter ci-dessus, n° 1013, en note

*Agnatos minime vocabant.* L'expression *minime* n'est pas exacte, puisque les agnats, dans ce cas, d'après la constitution des empereurs, retenaient un quart, comme une sorte de Falcidie.

**XVI.** Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est; et sanximus, talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte et deinceps superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare : ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores iis habeantur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus : ita tamen, ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas : ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur : ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

**16.** Pour nous, comme il y avait encore discussion entre les agnats et les descendants ci-dessus indiqués, pour un quart de l'hérédité que les agnats réclamaient pour eux en vertu d'une constitution impériale, nous avons rejeté cette constitution, et n'avons point permis qu'elle fût transportée du Code Théodosien dans le nôtre. Mais promulguant une constitution à nous, et dérogeant totalement au droit de celle-là, nous avons ordonné que tant qu'il survivrait des petits-enfants ou arrière-petits-enfants issus d'une fille ou d'une petite-fille, les agnats n'auraient à réclamer aucune part de la succession, les parents de la ligne collatérale ne devant pas être préférés aux descendants directs. Cette constitution à nous doit être exécutée selon sa teneur et sa date, comme nous l'ordonnons ici de nouveau. Toutefois, de même que d'après l'antiquité, le partage de l'hérédité entre des fils et les descendants d'un autre fils doit avoir lieu non par têtes, mais par souches, de même nous voulons qu'une distribution semblable ait lieu entre les fils et les descendants d'une fille; ou entre tous petits-fils, petites-filles, et autres descendants. De sorte que chaque progéniture prendra, sans diminution, la part de sa mère ou de son père, de son aïeul ou de son aïeule; et si, par hasard, il y a un ou deux enfants d'un côté, et trois ou quatre de l'autre, ceux-là, qu'ils soient un ou deux, auront la moitié; et ceux-ci, qu'ils soient trois ou quatre, l'autre moitié.

1017. Ici se terminent les dispositions relatives aux enfants et descendants appelés par le préteur, par les empereurs ou par Justinien, au rang des héritiers siens. — Une remarque générale qu'il faut faire à leur égard, c'est que, n'ayant pas véritablement la qualité d'héritiers siens, ils ne sont pas héritiers nécessaires, la succession ne leur est pas acquise forcément et de plein droit. — Mais cette observation ne regarde pas les enfants donnés en adoption, qui, d'après la constitution de Justinien, restent héritiers siens, puisqu'ils ne sortent ni de la puissance, ni par conséquent de la famille du père naturel.

### TITULUS II.

#### DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege Duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

### TITRE II.

#### SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS.

S'il n'y a aucun héritier sien, ou aucun de ceux appelés par le préteur ou par les constitutions au rang des héritiers siens, qui recueille d'une manière quelconque l'hérédité, alors, d'après la loi des Douze Tables, elle appartient au plus proche agnat.

1018. L'ordre des agnats n'arrive que lorsque celui des héritiers siens et des descendants rangés parmi les héritiers siens se trouve absent ou déchu. Cependant, parmi les héritiers siens, comme parmi les agnats, la règle était, ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous, n° 1028, qu'il ne se faisait pas de dévolution successive de l'un à l'autre : c'est-à-dire que si les plus proches refusaient, l'hérédité ne passait pas aux suivants; ni, en cas de refus de ceux-ci, aux subséquents. Mais comme les héritiers siens proprement dits ne pouvaient pas refuser, l'existence d'un seul empêchait toujours forcément les agnats d'arriver.

L'ordre des agnats, de même que celui des héritiers siens, n'est pas resté, dans sa composition primitive, telle qu'elle existait d'après la loi des Douze Tables. Nous aurons à examiner successivement les modifications qu'ont pu y apporter 1° une jurisprudence intermédiaire; 2° le droit prétorien; 3° les constitutions impériales avant Justinien; 4° les constitutions de Justinien.

### *Agnats, d'après la loi des Douze Tables.*

1. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur : nec requiritur an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad

1. Du reste, sont agnats, comme nous l'avons déjà exposé au premier livre, les cognats unis par les personnes du sexe masculin; pour ainsi dire, cognats par le père. Ainsi les frères nés du même père sont agnats : on les nomme aussi consanguins : peu importe qu'ils aient ou non la même mère. De même l'oncle paternel et le fils de son frère sont agnats l'un de l'autre; comme aussi les frères *patrueles*, c'est-à-dire les enfants issus de deux frères, qui se

plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem; sed iis qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse.

nomment également cousins; et ainsi de suite, pour les degrés plus éloignés d'agnation. Ceux qui naissent après la mort de leur père n'en ont pas moins les droits de consanguinité. Mais ce n'est pas à tous les agnats simultanément que la loi donne l'hérédité : c'est seulement à ceux qui sont au degré le plus proche, au moment où il devient certain que le défunt est mort intestat.

1019. Nous avons déjà défini les agnats (t. I, *Hist.*, n° 122, *Génér.*, n° 64, et tom. II, n° 194); cependant de ce fragment d'Ulpien : « Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum : » nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent : » tamen omnes qui *sub unius potestate fuerunt*, recte ejusdem » familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi » sunt (1), » on a cru pouvoir conclure qu'il n'y a d'agnats que ceux *qui se sont trouvés effectivement* soumis ensemble à la puissance d'un même chef. Nous ne saurions admettre cette opinion. Ulpien, ici, ne s'exprime d'aucune manière restrictive; il ne songe même pas à donner une définition des agnats. Ce qu'il en dit n'est dit qu'incidemment et par forme de raisonnement; mais quand il veut les définir, voici en quels termes il le fait : « Adgnati » autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti : nam post suos » et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei » filius, et ego ei : patris quoque frater, qui patruus appellatur : » *deinceps ceteri, si qui sunt, hinc orti in infinitum* (2). » Cette définition, traditionnelle dans tous les textes du droit romain, « *adgnati sunt cognati per virilis sexus personas*, » ne comporte l'idée d'aucune limite; et cette idée est formellement repoussée par ces mots d'Ulpien : *deinceps ceteri in infinitum;* et par ceux-ci : *longissimo gradu; etiam si longissimo gradu sit*, que les textes nous offrent plus d'une fois (3). Elle l'est aussi, sans réplique, par le paragraphe qui suit.

II. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est quin improprie consanguinei appellentur. Item, si quis ex ceteris agnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitatur.

2. L'adoption établit aussi le droit d'agnation; par exemple entre les fils naturels et ceux que leur père a adoptés. Et nul doute que le titre de consanguins ne leur soit applicable, quoique improprement. De même, si l'un de tes agnats, par exemple ton frère, ton oncle paternel ou tout autre à un degré plus éloigné, adopte quelqu'un, ce dernier entre indubitablement au nombre de tes agnats.

1020. En somme, nous devons remarquer que tous ceux qui, par rapport au chef de famille, étant soumis à sa puissance,

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 195. § 2. fr. Ulp. — (2) Dig. 38. 16. *De suis*, 2. § 1. fr. Ulp. — (3) Voir ci-dessous, § 3; et tit. 6. § 12.

étaient héritiers siens, tous ceux-là, entre eux, et par rapport à tous les autres membres de la famille, étaient agnats. Et réciproquement, tous ceux qui, par rapport au chef, n'étaient pas héritiers siens, soit parce qu'ils étaient sortis de sa puissance, soit parce qu'ils n'y avaient jamais été, tous ceux-là par rapport aux membres de la famille, n'étaient pas agnats. Ainsi, de même que nous avons compté hors des héritiers siens, de même nous compterons hors des agnats : 1° les enfants émancipés; 2° ceux donnés en adoption ; 3° les descendants par les femmes.

Telle était la composition de l'ordre des agnats d'après la loi des Douze Tables. Si donc le droit prétorien ou les constitutions impériales ont eu quelques adoucissements à apporter à ce droit primitif, c'est, de même que pour l'ordre des héritiers siens, sur ces trois classes qu'ils ont dû les faire porter.

Mais avant de nous occuper de leurs dispositions, nous avons à examiner une jurisprudence intermédiaire, qui, loin d'étendre le cercle des agnats, tel qu'il était tracé par les Douze Tables, l'avait au contraire restreint.

### *Jurisprudence intermédiaire par rapport aux agnats.*

III. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, *etiam longissimo gradu*, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ *consanguinitatis jure* tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant : masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua *proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur*. Ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introduxit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cujuscunque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. *Media autem jurisprudentia*, quæ erat quidem lege Duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam diffe-

3. Entre les hommes, l'agnation *jusqu'au degré le plus éloigné*, donne un droit réciproque à l'hérédité. Mais quant aux femmes, on voulait qu'elles ne pussent acquérir l'hérédité que *par droit de consanguinité* si elles étaient sœurs et non au delà; tandis que leurs agnats mâles étaient admis à leur hérédité à elles, jusqu'au degré le plus éloigné. Ainsi tu succèdes à la fille de ton frère ou de ton oncle paternel, ou à ta tante paternelle; mais elles ne te succédaient pas. On l'avait ainsi établi, parce qu'il paraissait avantageux de concentrer généralement les hérédités sur les mâles. Mais comme il était de toute iniquité qu'elles fussent universellement exclues comme étrangères, le préteur les admet, par son édit, *à cette possession des biens qu'il donne à la proximité du sang:* ordre dans lequel elles ne sont admises que s'il n'existe aucun agnat ni aucun cognat plus proche qu'elles. Du reste, la loi des Douze Tables n'avait introduit aucune de ces distinctions; mais s'attachant à une simplicité amie des lois, elle appelait indistinctement tous les agnats, mâles ou femmes, quel que fût leur degré, à la succession les uns des autres. Ce fut *une jurisprudence intermédiaire*, plus jeune que la loi des Douze Tables, mais antérieure à la législation impé-

rentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita : donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ UNDE COGNATI appellatur. Nos vero legem Duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes, et ad jus Duodecim Tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus : omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini generis sive feminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

riale, qui, par des idées de subtilité, introduisit cette différence, et repoussa entièrement les femmes de la succession des agnats, aucun autre ordre de succession n'existant alors; jusqu'à ce que les préteurs, corrigeant peu à peu la rigueur du droit civil, ou suppléant à ses lacunes, eussent, par une disposition d'humanité, ajouté dans leurs édits un nouvel ordre. Alors, la ligne des cognats se trouvant introduite selon le degré de proximité, ils venaient au secours des femmes par la possession des biens, et leur donnaient celle qui se nomme UNDE COGNATI. Mais nous, revenant à la loi des Douze Tables, et rétablissant sur ce point ses dispositions, tout en louant les préteurs de leur humanité, nous pensons qu'ils n'ont pas apporté au mal un remède complet. Pourquoi, en effet, dans le cas où le degré de parenté naturelle et le titre d'agnation sont les mêmes entre des hommes et des femmes, pourquoi donner aux hommes le droit de venir à la succession de tous les agnats, et le refuser entièrement, parmi ces agnats, aux femmes, si ce n'est à la sœur seulement? C'est pourquoi, abrogeant complétement ces dispositions et les ramenant au droit des Douze Tables, nous avons ordonné par notre constitution que toutes les personnes légitimes, c'est-à-dire unies par la descendance masculine, hommes ou femmes, seront également appelées, selon leur degré, à la succession légitime *ab intestat*, et que les femmes n'en seront point exclues faute d'avoir, comme les sœurs, les droits de consanguinité.

1021. *Etiam longissimo gradu.* Ainsi, non-seulement le lien d'agnation, mais encore le droit d'hérédité qui y est attaché, s'étendent jusqu'à l'infini.

*Consanguinitatis jure.* Les consanguins, dit Paul dans ses Sentences, sont les frères et sœurs issus du même père (peu importe leur mère), restés jusqu'à sa mort sous sa puissance; les frères adoptifs non émancipés y sont aussi compris (1). On les nommait *consanguins*, parce que le même sang paternel leur était commun; par opposition aux frères *utérins*, qui, étant nés seulement de la même mère, n'étaient frères et sœurs que par le sein maternel.

Les consanguins étaient entre eux, les uns aux autres, les plus proches de tous les agnats. « Si sui heredes non sunt, ad agnatos

(1) PAUL. Sent. 4. 8. 15.

» legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consan- » guinei obtinent, dit Paul dans ses Sentences (1); et la jurisprudence intermédiaire, qui exclut les femmes de la succession des agnats, leur laissa cependant celle des consanguins. « Soror, dit » encore Paul, jure consanguinitatis tam ad fratris quam ad sororis » hereditatem admittitur (2). »

Cette distinction établie porta les jurisconsultes à distinguer en quelque sorte, dans l'ordre des héritiers agnats, deux rangs : 1° celui des consanguins; 2° celui des agnats proprement dits : « Consanguineis non existentibus adgnatis defertur hereditas (3). » Les femmes étaient comprises dans le premier, mais elles ne l'étaient pas dans le second. Tous leurs agnats du sexe masculin (*virilis sexus*) leur succédaient bien, mais, sauf à leurs frères et sœurs consanguins, elles ne succédaient à aucun (4).

*Qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur.* C'est, comme le dit plus bas le texte même, la possession *unde cognati*, dans laquelle le préteur ne considère que la proximité des liens de parenté naturelle, sans égard aux règles du droit civil. Mais l'ordre des cognats appelés par cette possession ne vient qu'en troisième rang, après l'ordre des agnats. Nous verrons ci-dessous ce qui le concerne.

*Media autem jurisprudentia.* Cette jurisprudence fut, comme l'indique le mot lui-même, et comme le dit la paraphrase de Théophile, l'œuvre des prudents. Il paraît, d'après ce qu'en dit Paul, que ce fut par une interprétation puisée dans l'esprit de la loi Voconia, que les prudents étendirent des successions testamentaires aux successions légitimes cette exclusion des femmes : « Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successio- » nes non admittuntur. Idque jure civili Voconiana ratione videtur » effectum (5). » Nous avons parlé, t. II, n° 719, de cette loi Voconia, qui avait frappé les femmes d'une certaine incapacité d'être instituées héritières, et qui avait été portée sous la république, l'an de Rome 585. La jurisprudence intermédiaire dont nous parlons ici est donc postérieure à cette époque.

### *Droit prétorien par rapport aux agnats.*

1022. Le préteur n'avait introduit aucun parent au nombre des agnats : ni les émancipés, ni les adoptés, ni les descendants par les femmes. Il avait laissé cet ordre tel que la loi des Douze Tables et la jurisprudence intermédiaire l'avaient fait, sans y transporter personne; se contentant, toutes les fois que les parents étaient exclus de l'ordre des agnats par la rigueur du droit civil, de les appeler à leur rang selon leur degré de parenté, dans son ordre des cognats, en cas que cet ordre vînt à arriver à la succes-

(1) Paul. Sent. 4. 8. § 13. — (2) *Ib.* § 16. — (3) *Ib.* § 17. — (4) Gai. 3. 14. — (5) Paul. Sent. 4. 8. § 22.

sion; et le préteur le faisait arriver dès que l'ordre des agnats était déchu ou faisait défaut par une cause quelconque.

On peut donner pour raison de ces dispositions du préteur à l'égard de l'ordre des agnats, que cet ordre étant, à ses yeux, purement civil et contraire au lien de la nature, il n'avait pas voulu l'alimenter; mais qu'il saisissait au contraire toutes les occasions qui le faisaient déchoir, afin d'appeler immédiatement à sa place son ordre des cognats : c'est ainsi que l'agnate non consanguine était appelée au troisième degré comme cognate (1).

### *Parents appelés au rang des agnats par les constitutions impériales antérieures à Justinien.*

1023. Les constitutions impériales, non plus que le droit prétorien, n'introduisirent dans l'ordre des agnats aucun parent, soit émancipé, soit donné en adoption, soit descendants des femmes. Ces trois classes de collatéraux restèrent toutes sous la rigueur du droit civil jusqu'à l'empereur Anastase.

Cet empereur, en 498, par une constitution qui ne nous est pas parvenue, mais que nous trouvons rappelée dans un fragment inséré au Code de Justinien (2), et dans quelques autres passages (3), appela les frères et sœurs émancipés, en concours avec les frères et sœurs agnats, à la succession légitime, comme si l'émancipation ne les avait pas fait sortir de la famille; toutefois, avec une certaine diminution, nous disent les Instituts. Cette diminution, qui ne nous est pas indiquée par les textes, était telle, d'après la paraphrase de Théophile (4), que le frère légitime devait avoir le double du frère émancipé : si ce dernier avait quatre onces, l'autre devait en avoir huit.

Du reste, cette faveur accordée par la constitution d'Anastase aux frères et sœurs émancipés, l'était à eux seuls; mais non à aucun de leurs enfants ou autres descendants.

Rien n'était encore ordonné en faveur des frères, sœurs ou autres parents donnés en adoption, ou parents seulement par les femmes.

### *Parents appelés au rang des agnats par les constitutions de Justinien.*

1024. *Par rapport aux femmes*, exclues par la jurisprudence intermédiaire, Justinien, comme nous venons de le voir, rétablit le droit des Douze Tables. Les femmes seront appelées comme les hommes, sans distinction, à leur rang d'agnation.

*Par rapport aux frères et sœurs émancipés*, Justinien, dans les Instituts, confirme purement et simplement la constitution

(1) Gaïus, 3. § 29. — (2) Cod. 5. 30. 4. const. Anast. — (3) Instituts, ci-dessous, tit. 5. § 1. — Cod. 6. 58. 15. § 1. const. Just. — (4) Paraph. de Théophile, ci-dessous, tit. 5. § 1.

d'Anastase : ces frères et sœurs viendront à l'hérédité légitime avec une certaine diminution, et sans que la même faveur soit étendue à leurs enfants (1). Mais, par une constitution postérieure, datée de l'an 534, Justinien étend ces adoucissements faits au droit rigoureux : il appelle les frères et sœurs émancipés en concours avec les légitimes, sans aucune diminution, et il transporte la même faveur, après eux, au premier degré de leurs enfants, c'est-à-dire à leurs fils ou filles, mais non à leurs petits-fils ou petites-filles ; de sorte que les fils ou filles pourront, si leur degré est le plus proche, venir dans la succession de leur oncle ou tante, en concours avec les autres neveux ou nièces restés dans la famille (2).

*Par rapport aux frères, sœurs ou autres parents donnés en adoption,* nous savons que, d'après la constitution de Justinien, l'adoption, en règle générale, ne fait plus perdre les droits de famille.

*Enfin, par rapport aux frères et sœurs utérins,* unis entre eux par les femmes seulement, Justinien, par une constitution de l'an 528, les appela à la succession fraternelle, comme s'ils étaient agnats, en concours avec les frères et sœurs consanguins (3) ; et, plus tard, en 534, il appela aussi, aux rangs des neveux et nièces agnats, le premier degré de leurs enfants (4), ainsi que l'expose le paragraphe suivant.

**IV.** Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem : ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant : et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet *hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

**4.** Nous avons même cru devoir ajouter à notre constitution que tout un degré, mais un seul, serait transféré de la ligne des cognats dans la succession légitime : de telle sorte que non-seulement le fils et la fille d'un frère viendront, selon ce que nous avons déjà exposé, à la succession de leur oncle paternel; mais encore le fils et la fille d'une sœur consanguine ou utérine viendront, mais eux seuls et personne au delà de ce degré, concourir avec les précédents à la succession de leur oncle maternel. Ainsi, à la mort de celui qui est aux enfants de son frère un oncle paternel, et à ceux de sa sœur un oncle maternel, les deux branches succéderont également, comme si, descendant tous de mâles, ils avaient un droit légitime à la succession; pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait ni frère ni sœur survivant. Car ces derniers intervenant et acceptant la succession, les degrés inférieurs se trouvent entièrement exclus, *parce qu'ici l'hérédité ne se partage pas par souches, mais par têtes.*

---

(1) Instituts, ci-dessous, tit. 5. § 1. — (2) Cod. 6. 58. 15. §§ 1 et 3. — (3) Cod. 6. 56. 7. const. Just. — (4) *Ib.* 58. 15. §§ 2 et 3.

1025. *Hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.* Ce qui n'est pas une disposition spéciale pour ce cas particulier, mais une règle générale pour tout l'ordre des agnats, ainsi que nous allons l'expliquer sous le paragraphe suivant.

Après avoir ainsi exposé la composition de l'ordre des agnats, il ne nous reste plus qu'à faire connaître, avec le texte, quelques principes généraux relatifs à cet ordre de succession.

V. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex Duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si, verbi gratia, sit defuncti frater et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis, singulari numero usa, lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur : et tamen non dubium est quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

5. Entre plusieurs degrés d'agnats, la loi des Douze Tables appelle expressément le plus proche. Si donc le défunt laisse, par exemple, un frère et l'enfant d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère est préféré. Et quoique la loi, s'exprimant au singulier, appelle le plus proche, nul doute cependant que, s'ils sont plusieurs du même degré, tous doivent être admis. De même, le plus proche suppose, à rigoureusement parler, qu'il y a plusieurs degrés ; et cependant nul doute aussi que, s'il n'existe qu'un seul degré d'agnats, l'hérédité ne leur en appartienne pas moins.

1026. A côté du principe exposé dans ce paragraphe, que les agnats sont appelés à l'hérédité suivant l'ordre des degrés, les plus proches excluant toujours et d'une manière absolue les plus éloignés, il faut poser cet autre principe, que, dans l'ordre des agnats, l'hérédité ne se partage pas par souches, mais seulement par têtes. « *Adgnatorum hereditates dividuntur in capita,* » nous disent les règles d'Ulpien (1). Ainsi, le partage par souches, dans lequel les enfants représentent leur père prédécédé et viennent, à l'aide de cette représentation, occuper son degré dans la succession et prendre sa part pour se la partager entre eux, ce partage reste exclusivement propre à l'ordre des héritiers siens : il n'a pas lieu pour les agnats. Il suit de là, par exemple, que jamais les enfants d'un frère prédécédé ne viendront concourir avec les frères ou sœurs vivants : ceux-ci étant plus proches en degré, les excluront entièrement. Il suit encore de là que si, tous les frères ou sœurs étant morts, ce sont les neveux et nièces qui arrivent à la succession, on fera une part égale pour chacun d'eux, sans distinguer de quelle souche ils viennent, ni s'ils sont un ou plusieurs dans cette souche. « Velut, si sit fratris filius, ajoutent les règles d'Ulpien, et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personæ, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant (2). »

VI. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus

6. La proximité, lorsque le défunt n'a fait aucun testament, s'examine à l'époque du décès. Mais s'il en a fait un,

(1) Ulp. Reg. 23. 4. — (2) Ulp. Reg. 26. 4.

est is cujus de hereditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem extiturum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis sæpe accidit ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

c'est à l'époque où il est devenu certain que nul héritier n'existera en vertu de ce testament; car c'est alors seulement qu'on peut le considérer comme réellement mort intestat. Quelquefois cela ne se décide que longtemps après la mort; et, dans cet intervalle, il arrive souvent que le plus proche venant à mourir, tel devient alors le plus proche, qui ne l'était pas au décès du testateur.

1027. Cette règle n'est pas spéciale à l'ordre des agnats; mais générale pour toutes les successions *ab intestat*, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus, n° 997.

**VII.** Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum *successionem non esse:* id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittuntur. Quod iterum prætores, *imperfecto jure corrigentes,* non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus *successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam;* cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

**7.** On avait voulu que dans cet ordre de succéder il *n'y eût pas dévolution*. c'est-à-dire que le plus proche qui était appelé, suivant ce que nous avons dit, à l'hérédité, venant à la répudier ou à mourir avant d'avoir fait adition, ceux du degré subséquent n'en étaient pas davantage admis par le droit civil. Les préteurs, apportant encore ici *une correction imparfaite,* ne laissaient pas ces agnats dépourvus de tout secours; mais le droit d'agnation leur restant fermé, ils les appelaient dans l'ordre des cognats. Mais nous, jaloux de ne laisser aucune imperfection dans la législation, nous avons ordonné, par notre constitution publiée sur le droit de patronage sous une inspiration d'humanité, *que la dévolution dans l'hérédité des agnats ne leur serait pas refusée;* car il était absurde qu'un droit ouvert par le préteur aux cognats restât fermé aux agnats; surtout lorsque, pour la charge des tutelles, le degré le plus proche faisant défaut, on passait au suivant; de sorte qu'on admettait la dévolution pour les charges, mais non pour les avantages.

1028. *Successionem non esse.* Le principe qu'il ne se fait pas de dévolution de l'hérédité d'un degré à l'autre était commun tant à l'ordre des héritiers siens qu'à celui des agnats. « *Successio in suis heredibus non est,* » nous dit un fragment d'Ulpien au Digeste (1); *In hereditate legitima successioni locus non est,* nous dit Paul (App. 2, liv. 3.) (2). Ainsi, la succession était déférée toute, mais une seule fois dans chaque ordre, au plus proche degré. Si tous les membres de ce degré la refusaient ou mouraient avant d'avoir fait adition, elle n'était pas dévolue au degré subséquent dans le même ordre, mais le droit entier de

(1) D. 38. 16. 1. § 8. — (2) PAUL. Sent. 4. 8. 23.

l'ordre étant épuisé, cet ordre était déchu et la succession passait au suivant; de cette manière, la dévolution se faisait d'un ordre à l'autre, mais non pas de degré en degré. Cependant il existe des distinctions à faire, à cet égard, entre l'ordre des héritiers siens et l'ordre des agnats.

Dans l'ordre des héritiers siens, la question de dévolution d'un degré à l'autre, de déchéance de l'ordre entier faute d'adition, ne pouvait pas se présenter à l'égard de ceux qui étaient siens proprement dits, puisque l'hérédité leur était acquise de plein droit.

Elle ne pouvait pas même se présenter pour savoir si, en cas d'abstention des plus proches héritiers siens, les héritiers siens subséquents auraient pu venir à leur place; puisque nous savons que l'abstention n'empêchait pas d'être héritier, et, par conséquent, n'ouvrait aucun droit à l'ordre subséquent, sauf l'appel, par le préteur, des enfants du second degré, à défaut desquels seulement venaient les agnats (1). Mais la question de dévolution pouvait se présenter, même en droit civil, à l'égard des descendants qui, sans être *sui*, étaient seulement appelés, par la législation postérieure, au rang des héritiers siens, sans que l'hérédité leur fût acquise de plein droit.

Dans l'ordre des agnats, comme l'hérédité ne leur était acquise que par l'adition, la question de dévolution était entière. Dans cet état des choses, pour les uns comme pour les autres, la dévolution ne pouvait ou ne devait jamais avoir lieu.

*Imperfecto jure corrigentes*. Le préteur se serait bien gardé d'établir la dévolution de degré en degré, dans l'ordre des agnats. C'eût été perpétuer cet ordre, tandis que l'esprit du droit prétorien était de profiter immédiatement de sa déchéance, afin d'appeler à l'hérédité l'ordre des cognats, selon leur degré de parenté naturelle. C'était dans cette succession prétorienne que la dévolution avait lieu.

*Successionem in agnatorum hereditatibus non esse denegandam*, ni probablement à l'égard des personnes appelées au rang des héritiers siens, sans qu'elles le soient réellement. La raison est la même : pourquoi leur refuserait-on un droit qui est accordé aux agnats et aux cognats?

**VIII.** Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri : cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

**8.** Est appelé pareillement à la succession légitime, l'ascendant qui émancipe son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille avec contrat de fiducie. Ce qui, par notre constitution, se trouve modifié en ce sens, que l'émancipation des enfants est toujours censée faite avec contrat de fiducie; tandis que, chez les anciens, cela n'avait lieu qu'autant que l'ascendant s'étant spécialement ménagé ce contrat, faisait la dernière manumission.

(1) Cod. 6. 58. 6. *De legit hered.* Const Diocl. et Maxim.

1029. D'après la loi des Douze Tables et le droit civil rigoureux, quel était le rang héréditaire des ascendants dans la succession de leurs descendants? Étaient-ils compris dans l'ordre des agnats, et quel degré y occupaient-ils? Il est bien entendu que nous ne parlons ni des ascendants du côté maternel, ni des ascendantes elles-mêmes, soit la mère, soit l'aïeule ou autres, puisqu'ils ne faisaient pas partie de la famille civile; mais nous parlons seulement des ascendants paternels. A leur égard, il faut distinguer deux cas : 1° celui où leur descendant défunt était encore au moment de sa mort sous la puissance paternelle; 2° celui où il en était sorti du vivant des ascendants, par émancipation ou de toute autre manière.

Dans le premier cas, le défunt étant encore sous la puissance paternelle, fils de famille, ne pouvait avoir aucune hérédité, selon la loi des Douze Tables. A sa mort, celui des ascendants qui était chef de la famille reprenait, comme chose à lui appartenant, tous les biens que le fils de famille décédé pouvait, de son vivant, avoir eus à sa disposition. Or, comme le fils de famille ne pouvait devenir chef, et par conséquent susceptible de laisser une hérédité, que par la mort de tous ces ascendants paternels, puisque, tant qu'il en restait un, il passait successivement sous la puissance de l'un à l'autre, il suit de là qu'il ne pouvait jamais être question d'ascendants dans la succession légitime d'un chef de famille; à moins qu'il ne fût sorti de leur puissance, de leur vivant, par suite d'une émancipation ou de toute autre petite diminution de tête : ce qui forme le second cas à examiner.

Dans ce second cas, l'enfant étant sorti de la puissance paternelle, aucun lien de famille civile ne l'attachait plus à ses ascendants, qui par conséquent ne pouvaient avoir aucun droit légitime sur son hérédité.

Ainsi, soit, dans le premier cas, parce que le fils de famille défunt ne pouvait avoir aucune hérédité; soit dans le second cas, parce que le fils sorti de la famille n'était plus lié civilement à ses ascendants, jamais, selon la loi des Douze Tables, il ne pouvait être question d'ascendants dans la succession légitime.

1030. Voyons les modifications qui furent apportées à ce droit rigoureux dans ces deux cas; et en premier lieu, à l'égard des fils de famille soumis à la puissance paternelle.

L'introduction des pécules vint leur permettre d'avoir une hérédité testamentaire, d'abord sur leur pécule castrans, et ensuite sur leur pécule quasi-castrans. Mais cette modification ne s'étendit pas, dans le principe, à la succession *ab intestat;* car nous savons que si le fils de famille était mort sans avoir fait de testament, le chef ascendant reprenait tous ces pécules quelconques, non pas par droit héréditaire, mais par droit de puissance, et par préférence à tous, même aux enfants du défunt, selon le droit rigou-

reux (t. II, n° 688). Il n'y avait donc pas encore de succession *ab intestat* pour les fils de famille.

Ce genre de succession ne fut introduit à leur égard que postérieurement, par les constitutions impériales, et d'une manière tout exceptionnelle : c'est-à-dire seulement pour les biens qui auraient pu provenir au fils de famille, soit de sa mère, soit en général de sa ligne maternelle, par donation, legs ou autrement. Nous voyons par les constitutions d'abord de Théodose et de Valentinien (1), ensuite de Léon et d'Anthémius (2), et enfin de Justinien (3), qu'à l'égard de ce genre de biens, l'ordre de succession *ab intestat* du fils de famille est ainsi fixé : 1° ses enfants, fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, et ainsi de suite; 2° ses frères et sœurs, soit du même lit, soit d'un autre; 3° son père ou autres ascendants, selon leur degré. Et, dans ce cas, il est tellement vrai que les ascendants arrivent en vertu d'un droit de succession qui leur est accordé, et non par droit de puissance paternelle, que si l'aïeul chef de famille et le père du défunt vivent tous deux, ce sera le père qui succédera aux biens maternels, comme le plus proche ascendant, et l'aïeul, quoique ayant la puissance paternelle, ne recueillera que l'usufruit auquel cette puissance lui donne droit (4).

Tout ceci, introduit spécialement en considération des liens du mariage et de l'origine maternelle des biens, était resté entièrement étranger aux pécules castrans ou quasi-castrans. Le chef de famille, en cas de décès du fils sans testament, recueillait toujours ces pécules par droit de puissance paternelle. Mais une disposition de Justinien, que nous avons vue ci-dessus (5), voulut que ces pécules ne lui revinssent que dans le cas où le fils décédé ne laisserait ni enfants, ni frères, ni sœurs. Ainsi, Justinien ouvrit encore, par rapport aux pécules castrans ou quasi-castrans du fils de famille, une sorte de succession *ab intestat*, dont l'ordre était ainsi réglé : 1° les enfants; 2° les frères et sœurs. A défaut, le chef de famille prenait les biens *jure communi*, selon les expressions de Justinien. Je ne fais aucun doute que ces expressions signifient qu'il les prenait par droit de pécule et non de succession. D'abord la paraphrase de Théophile le dit formellement : *jure communi, id est tanquam peculium paganum*. En effet, le droit commun, c'était ici le droit de pécule, et non l'ordre successif tout exceptionnel établi sur les biens maternels. D'ailleurs, les motifs particuliers qui avaient dicté les dispositions des empereurs à l'égard des biens maternels n'existaient plus ici. Enfin, il devient évident, d'après la comparaison des textes, qu'ici le droit est attribué à celui des ascendants qui est investi de la puissance paternelle, et que, si, par exemple, l'aïeul et le

(1) Cod. 6. 61. 3. — (2) *Ib.* 4. — (3) *Ib.* 59. 11. — (4) *Ib.* 6. 61. 3. — (5) Inst. 2. 12. *princ.*

père du défunt vivent tous deux, c'est l'aïeul chef de famille qui, à défaut d'enfants ou de frères et sœurs du défunt, prend les biens castrans ou quasi-castrans; tandis que ce serait le père qui prendrait par succession les biens maternels, parce que, dans ce cas, son union immédiate avec la mère et avec la ligne maternelle, d'où provenaient ces biens, avait modifié l'ordre successoral établi en sa faveur, au préjudice des droits de puissance paternelle du chef (1).

Telle était la position des ascendants dans la succession des fils de famille.

1031. Quant aux fils sortis de la famille du vivant de leurs ascendants paternels, par suite d'une petite diminution de tête, une première modification fut imaginée de bonne heure au droit rigoureux. Nous avons vu (t. II, n° 166) que l'ascendant qui émancipait son fils de famille à l'aide des émancipations faites avec contrat de fiducie (*contracta fiducia*) arrivait ainsi à se réserver sur lui les droits de tutelle et de succession attachés au patronage (t. II, n°s 80 et 221). Dans ce cas, l'ascendant émancipateur, mais lui seul entre tous les ascendants, venait à la succession de ce descendant, immédiatement après les héritiers siens. Il formait, en quelque sorte, l'ordre des agnats; car l'enfant ayant été émancipé n'en avait pas d'autres. D'après ce que nous avons déjà vu du droit de Justinien à cet égard, et d'après ce que le texte répète ici, nous savons que, dans tous les cas et de quelque manière que l'émancipation ait été faite, l'ascendant émancipateur a toujours les droits de tutelle et de succession qu'il aurait eus autrefois par l'exécution du contrat de fiducie. Cependant Justinien a modifié ces droits, quant au rang successoral. Ainsi, l'ascendant émancipateur, en qualité de patron, venait le premier, immédiatement après l'ordre des héritiers siens, par préférence à tous autres. Mais Justinien établit ici, pour l'hérédité de l'émancipé, le même ordre successif que celui existant pour l'hérédité des pécules : 1° les enfants; 2° les frères et sœurs; 3° l'ascendant émancipateur (2).

### *De la succession des gentils* (3).

1032. Cicéron, voulant faire sentir tout ce que doit contenir une définition pour être complète, cite en exemple celle des gentils :

« Les gentils, dit-il, sont *ceux qui ont le même nom commun* » *entre eux* : ce n'est pas assez; *qui sont d'origine ingénue* : » ce n'est pas suffisant encore; *dont aucun des aïeux n'a été*

---

(1) Mon savant collègue M. Ducaurroy, dans ses *Institutes expliquées*, professe une opinion contraire. — (2) Cod. 6. 56. 2. const. Dioclét. et Maxim., interpolé par Justinien. — (3) Voir sur l'institution des gentils, ce que nous en avons déjà dit, t. I, *Hist.*, n°s 17 et suiv.; 91, 123 et suiv.; *Génér.* n°s 65 et suiv.

» *réduit en servitude;* maintenant il manque encore : *qui n'ont* » *pas été diminués de tête;* ceci est assez, sans doute. Je ne » vois pas, en effet, que le pontife Scævola ait rien ajouté à » cette définition (1). »

Et cependant, malgré cette définition parfaite, rien n'est plus resté dans l'obscurité que de savoir ce que c'était que les gentils.

« Si (*ad*)gnatus NESCIT (*nec sit*) gentiles familiam HERES HANC (*heredes habento*) (2). »

Voilà, tel qu'il nous est parvenu, le fragment altéré du texte des Douze Tables, qui appelait à l'hérédité, à défaut des agnats, les gentils. Mais qu'était-ce que les gentils ?

Gaius, dans ses Instituts, après avoir exposé l'hérédité des agnats, arrive à celle des gentils. « Si nullus agnatus sit, eadem » lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat. » On pouvait espérer qu'il allait ici donner quelques explications, mais il ajoute : « Qui sint autem gentiles, primo commentario retuli- » mus (3) »; or, à ce premier commentaire, on ne trouve rien sur les gentils : un feuillet entier qui manque au manuscrit, après l'exposition de la tutelle des agnats, contenait probablement celle des gentils et l'explication à laquelle Gaius se réfère (4), explication qui nous est ainsi restée inconnue.

1033. Plus d'une conjecture a été hasardée, et divers systèmes ont plus ou moins cours sur ce mystère de l'association civile des Romains.

Selon les uns, la *gens* se divisant en souches (*stirpes*), et les diverses souches en familles (*familiæ*), avec un *nomen* commun pour toute la *gens*, un *adgnomen* pour chaque souche, et un *cognomen* pour chaque famille : les agnats seraient seulement les membres d'une même famille ou d'une même souche; et les autres seraient les gentils. Ce système dérive de Sigonius (5).

Suivant d'autres, les agnats s'arrêteraient au dixième degré; au delà de ce degré seraient les gentils : ce système vient d'Hotoman (6). — Ou bien les agnats seraient seulement ceux qui se sont trouvés effectivement soumis ensemble à la puissance d'un même chef. Hors de cette condition les descendants par les mâles, d'un auteur commun, seraient entre eux gentils : telle était, je crois, l'opinion de M. Ducaurroy.

M. Laferrière arrête les agnats aux collatéraux provenant de l'aïeul ou du père commun et de leur descendance; les collatéraux

(1) « Gentiles sunt, *qui inter se eodem nomine sunt :* non est satis; *qui ab ingenuis oriundi sunt :* ne id quidem satis est; *quorum majorum nemo servitutem servivit :* abest etiam nunc, *qui capite non sunt deminuti*. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video Scævolam pontificem ad hanc definitionem addidisse. » (CICERO, *Top*. 6.) — (2) Fragment tiré d'Ulpien, Legum mosaïcarum et roman. collatio, 16. 4. — (3) GAI. 3. 17. — (4) GAI. 1. 164. — (5) Il est suivi par Heineccius, dans ses *Antiquités romaines*, liv. 3. tit. 2. § 2. — (6) HOTOMAN, sur le § 5 des Instituts, liv. 3. tit. 4, *De successione cognatorum*.

provenant des bisaïeux, trisaïeux ou autres ascendants plus éloignés, seraient les gentils (1).

Ces quatre systèmes ont un même procédé : mettre à l'agnation une limite, afin de placer les gentils au delà. Mais les quatre limites indiquées sont contraires chacune à la définition large et générale que nous donnent de l'agnation les jurisconsultes romains : celle de Sigonius est conjecturale et arbitraire ; celle d'Hotoman et celle de M. Ducaurroy ont été déjà démontrées par nous inadmissibles, quoique fondées en apparence sur quelques textes des Instituts (ci-dessus, n° 1019 et ci-dessous, n° 1074) ; quant à celle de notre ami M. Laferrière, sans parler de tant d'autres objections, nous ferons remarquer seulement qu'il pourrait fort bien se faire qu'un bisaïeul eût sous sa puissance ses fils, ses petits-fils et ses arrière-petits-fils ; lesquels seraient incontestablement agnats. Qu'est-ce donc qui autorise à s'arrêter aux descendants de l'aïeul, et que devient la démarcation indiquée ?

Outre l'arbitraire d'une limite démentie par les textes juridiques sur l'agnation, ces quatre systèmes ont un autre défaut : celui de ne point correspondre à la définition que Cicéron donne des gentils. Ils ne tiennent à cette définition que par la communauté de nom attribuée aux gentils, laquelle communauté existe aussi pour les agnats. Ils ne se basent en aucune manière sur la condition d'une origine perpétuellement ingénue dont parle Cicéron. Que si on y ajoute cette condition, comme a eu soin de le faire M. Laferrière, on voit qu'elle y est jointe, mais qu'elle n'en fait pas partie ; c'est une addition à laquelle les trois systèmes restent étrangers par eux-mêmes, et dont ils ne peuvent rendre aucun compte.

1034. Dans une quatrième opinion, la *gens* se composerait de familles entre lesquelles la communauté de nom révélerait une origine commune, mais si reculée que la trace en serait perdue, et qu'il ne serait plus possible de constater entre les membres de ces familles de véritables liens civils d'agnation (2). Cette opinion est, sans contredit, la plus superficielle : opinion de littérateur plutôt que de jurisconsulte. En effet, il ne s'agit pas de liens provenant d'une vague supposition, tirée du simple fait qu'on porte le même nom (3). Il s'agit de véritables liens de droit civil, donnant lieu à la tutelle et à l'hérédité légitimes ; qui doivent par conséquent se compter civilement, par degrés ; et qui se perdent, ainsi que nous l'enseigne la définition de Cicéron, par la petite diminution de tête, c'est-à-dire par suite de la perte même de l'agnation, pour tout membre qui sort de sa famille.

---

(1) LAFERRIÈRE, *Hist. du droit*, t. 1. p. 78, et p. 451, *Appendice*. — (2) Cette opinion paraît déduite de Mart. Chladen, *De gentilitate veterum Romanorum*, Lipsiæ, 1742, in-4°. — (3) Ce n'est que par mode de plaisanterie que Cicéron dit, en parlant du roi Servius Tullius, à cause de la simple similitude de nom : *regnante meo gentili*.

1035. Selon les conjectures de Niebuhr, la *gens* a été primitivement une agrégation politique de diverses familles patriciennes, étrangères l'une à l'autre par les liens du sang et de la puissance paternelle, mais unies politiquement en une sorte d'association civile, sur une division territoriale de la ville particulière à chacune d'elles ; formant ainsi une sorte d'unité politique, dans un quartier commun, sous un nom commun, avec un culte privé et des sacrifices communs (*sacra gentilitia*) et une participation commune, c'est-à-dire prise ensemble, comme en un seul corps, aux fonctions politiques de la cité. Le nombre de ces *gentes* est clos et arrêté, fixé par la constitution elle-même. Ce sont précisément les trois tribus et les curies dont nous parle l'histoire romaine, qui contiennent en leur sein cette division. Chaque tribu est composée de dix curies, chaque curie de dix *gentes* : de sorte qu'il y a en tout cent *gentes* dans chaque tribu, trois cents dans toute la cité. Les comices par curies (*comitia curiata*) sont ceux où se trouvent convoquées, dans les trente curies qu'elles composent, ces agrégations, ces *gentes* patriciennes, qui y votent chacune comme une seule unité, le suffrage s'y donnant, non par individu, mais par *gens* (1). Telle est l'hypothèse de l'ingénieux historien, qui cherche dans la vie des nations des exemples d'institutions analogues, et qui signale dans l'Attique ancienne, comme dans l'Italie et dans l'Allemagne du moyen âge, des populations divisées ainsi en espèces de *gentes*, de clans, ou associations politiques de familles diverses. — Les droits de tutelle et d'hérédité légitimes sont renfermés d'abord dans chaque famille, selon les degrés de l'agnation ; et, à défaut, ils passent aux *gentiles*, c'est-à-dire aux membres de l'association politique. — Cette association par *gentes* est essentiellement propre à la caste patricienne (2); les patriciens seuls forment ces *gentes* primitives; seuls dans l'origine ils sont les véritables citoyens ; seuls ils votent dans ces *comitia curiata*, où le suffrage se recueille par chaque *gens*; les plébéiens n'ont aucun vote à y donner, ils ne composent entre eux aucune affiliation politique, aucune *gens*. « *Vos solos gentem habere !* » tel sera le reproche que feront plus tard leurs orateurs aux patriciens (3). — Cependant, toujours selon Niebuhr, les affranchis et les clients des patriciens, attachés en quelque sorte au patron, font avec lui partie de la *gens* à laquelle celui-ci appartient ; ils sont aussi les *gentiles* des membres divers de cette *gens*, ils par-

---

(1) M. Niebuhr voit l'assertion de ce fait dans ce passage d'Aulu-Gelle : « *Cum ex generibus hominum suffragium feratur, comitia curiata esse.* » Nous en avons donné, quant à nous, l'explication (t. I, *Hist.*, n° 30). — (2) Ainsi *patriciæ gentes* est une circonlocution fréquemment usitée pour désigner les patriciens : *Plebs dicitur in qua gentes civium patriciæ non insunt.* (AUL.-GELL. 10. 20.) — « *Jus non erat nisi ex patriciis gentibus fieri consules.* » (AUL.-GELL. 17. 21.) — « *Vir patriciæ gentis.* » Dans TITE-LIVE, 3. 33, et 6. 11. — (3) TIT.-LIV. 10. 6. Nous allons bientôt rapporter ce passage, qui nous fournira quelque lumière.

ticipent aux droits de la gentilité (1). On ne déposait au lieu de la sépulture commune que ceux qui prenaient part à la *gens* et à ses *sacra* (2) : or le tombeau des Scipions a recueilli beaucoup d'affranchis. — En outre, on est bien forcé de reconnaître, dans la vie du peuple romain, un grand nombre de *gentes* plébéiennes, dont l'histoire nous parle fréquemment et d'une manière toute positive (3). Selon Niebuhr, ce sont des *gentes* secondaires (de la bourgeoisie, de la commune, de la municipalité, d'après ses expressions), dont l'agrégation n'est pas reconnue comme *gens* sous le rapport de la constitution politique, mais qui n'en existent pas moins avec les droits de la gentilité entre leurs membres. Mais alors, quelle est l'espèce de lien qui les unit? en quoi diffère-t-il de l'agnation? d'où se forme cette sorte d'association, sous un nom commun, de familles diverses par leur origine, association qui ne provient plus de la constitution ni de l'organisation politique, et qui produit cependant une gentilité de droit civil? Ici le système conjectural de Niebuhr fait complétement défaut, ne trouve plus d'application, et ne laisse, pour réponse à ces questions, que le vague et l'incertitude. — Enfin, en quoi tout ce système correspond-il à la définition si parfaite que Cicéron prétend avoir donnée des gentils et à laquelle le pontife Scævola n'avait rien ajouté? Comment vérifier le système par la définition, ou la définition par le système? Niebuhr s'en tire en disant que la définition de Cicéron est accommodée aux institutions de son temps, sans que l'orateur se soit occupé de faire remonter le sens du mot à son origine (4).

Telle est, aussi clairement qu'il m'a été possible de l'analyser en peu de mots, la théorie de l'illustre exhumateur de Rome, théorie qui se lie du reste étroitement à l'ensemble de son système historique; mais toutes ces conjectures ne sont pas, selon nous, à tenir pour vérités : nous nous en sommes expliqué déjà (tom. 1, *Hist.*, nos 13 et suiv.); nous n'avons plus à y revenir. Depuis, le fond du système de Niebuhr, en ce qui concerne la *gens*, a pris faveur en Allemagne; un certain nombre d'écrivains en crédit sur l'histoire des institutions romaines s'y sont plus ou moins rattachés (5). M. Ch. Giraud, parmi nous, a développé ce système en

(1) NIEBUHR, *Hist. rom.*, t. 2, p. 23, note 34, et p. 28 de la trad. — Mais sans droit de voter dans les curies, p. 30 et suiv. — (2) « *Jam tanta est religio sepulchrorum, ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse, idque apud majores nostros Torquatus in gente Popilia judicavit.* » (CICÉRON. *De legib.* 2. 22. (55). — (3) Ainsi, précisément la *gens Popilia*, dont parle Cicéron dans le passage que je viens de rapporter, est une *gens* plébéienne ; de même la *gens Ælia*, dont parle FESTUS, au mot *Gens Ælia*; et tant d'autres encore. — (4) NIEBUHR, *Hist. rom.*, t. 2, p. 18 de la trad., note 18. — Et pour toute cette théorie de Niebuhr, t. 2 de son *Hist. rom.* (p. 1 et suiv. de la trad.). — (5) Voir dans les *Antiquités romaines* d'Heineccius, édition de Mühlenbruch, liv. 3. tit. 2. § 2. p. 476 et suiv., la note *c* de Mühlenbruch, et l'indication des auteurs qui s'y trouve.

l'appuyant de nouvelles preuves, dans une dissertation spéciale, à laquelle nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer (1).

1036. Malgré le poids de ces autorités ou l'effet de ces engouements, plus nous avons étudié la question, plus nous nous sommes fortifié dans notre première opinion. En avouant, comme nous l'avons toujours fait, notre ignorance ou nos incertitudes sur les points restés dans l'obscurité, et notamment sur ceux qui se réfèrent à une époque primitive trop reculée pour que nous puissions y appliquer des documents dignes de foi, il est cependant quelques-uns de ces points sur lesquels nous croyons pouvoir nous prononcer avec conviction et émettre des assertions qui nous paraissent de plus en plus hors de doute, et qui se séparent, quant au fond du système, des conjectures de Niebuhr.

1037. Il est indubitable que les Romains ont attaché à l'expression de *gens* l'idée d'une origine, d'une source de génération commune; mais il faut ajouter que cette génération pouvait être, d'après le génie des institutions romaines, ou naturelle ou civile; que les Romains, en effet, pour la constitution de la famille et pour les droits qui en dépendaient, ne s'étaient pas arrêtés uniquement au lien du sang; qu'ils avaient assis cette constitution et ces droits sur des liens civils, lesquels pouvaient concourir avec les liens du sang, ou en être séparés, quoique les imitant et produisant des effets analogues dans la cité. C'est ainsi qu'il en a été pour la *gens*. Cette idée d'origine, de génération commune, soit naturelle, soit civile, nous apparaît de toutes parts. La philologie seule du mot et de ses nombreux affiliés nous la révèle (2). Nous la trouvons expressément énoncée dans Festus, qui nous fournit sur les *gentils* une définition évidemment moins complète que celle de Cicéron, et d'ailleurs de beaucoup postérieure : « Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur; ut ait Cincius : Gentiles mihi sunt qui meo nomine appellantur » (3). Nous la retrouvons dans Varron, qui, comparant la filiation des mots à celle des hommes, considère les gentils Æmiliens comme issus d'un Æmilius, leur père commun (4); et dans Ulpien, donnant la définition de la famille (5). Enfin elle se retrouve encore, à sa limite suprême, dans ces beaux passages du traité des lois de Cicéron, où nous croirions entendre la voix

(1) *Revue de législation et de jurisprudence*, décembre 1846, t. 3 de la nouvelle série, pag 385, *De la gentilité romaine*, par M. Ch. Giraud. — (2) Voy. la nombreuse famille de ces mots : *generare*, *gignere*, engendrer; *generascere*, être engendré; *generator*, *genitor*; *generatio*, *genesis*, *genealogia*; *genitalis*, *genitura*; *gener*, gendre; *genus*, et *gens*, appliqué même aux nations, *gens romana*, *gens togata*, ou à toute la race humaine, *humana gens*, comme sortie d'une même origine. — (3) Festus, au mot *Gentilis*. — (4) « Ut ab Æmilio homines orti, Æmilii ac Gentiles. » Varron. *De ling. latin.* 7. 2. — (5) « Omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et *gente* proditi sunt. » Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 195. § 2. f. Ulp.

du christianisme proclamant la fraternité des hommes et la charité universelle, lorsque le philosophe païen révèle l'homme créé à l'image de Dieu, non pas dans son corps, élément matériel, mais dans son esprit, émanation de la Divinité, et recevant pour loi première et générale, pour fondement de toutes les vertus et de tout droit, l'amour de ses semblables (1) : « Cumque alia quibus cohærent homines e mortali genere sumpserunt, quæ fragilia essent et caduca, animum esse ingeneratum a Deo : ex quo vere vel AGNATIO nobis cum cœlestibus, vel GENUS, vel STIRPS appellari potest ; » et plus loin : « Est igitur homini cum Deo similitudo ; quod cum ita sit, quæ tandem potest esse proprior certiorve COGNATIO (2) ! »

Ainsi voilà l'homme, parce qu'il a été créé par Dieu et à sa similitude, qui lui est uni par les liens d'une *agnatio*, d'une *gentilité* et d'une *cognation* les plus certaines de toutes (3). Voilà les trois noms consacrés de la langue et du droit civil des Romains, *agnatio*, *gens*, *cognatio*, employés, et précisément dans leur ordre juridique, pour exprimer l'idée de cette origine et de cette parenté célestes (4). Il y a là un trait de lumière.

1038. En effet, il faut distinguer trois grands termes dans les liens d'agrégation civile ou naturelle chez les Romains :

La famille (*familia*), à laquelle correspondent l'agnation (*agnatio*) et le titre d'*agnats* ;

La *gens* (en quelque sorte génération, généalogie), à laquelle correspondent la *gentilité*, le titre de *gentils* ;

Enfin la cognation (*cognatio*), à laquelle correspond le titre de *cognats*.

La famille a lieu pour tous les citoyens sans exception : patriciens ou plébéiens, de race ingénue ou affranchie, peu importe. Nous savons qu'elle est fondée sur une base toute civile, la puissance ; que le lien qui forme l'agnation entre ses membres, c'est le pouvoir paternel ou marital qui les unit ou qui les unirait tous sous un chef commun, si le chef le plus reculé de la famille vivait encore, qu'il y ait, du reste, ou qu'il n'y ait pas entre eux lien du sang (tom. I, *Génér.*, n[os] 40 et suiv.).

---

(1) « Unam esse hominum inter ipsos vivendi parem communemque rationem : deinde omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societate juris contineri. » ... « Nam hæc (omnes virtutes) nascuntur quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est. » CICÉRON, *De legib.*, liv. 1. — (2) CICÉRON, *De legib.*, liv. 1. — (3) « Ut homines Deorum *agnatione* et *gente* teneantur, » dit encore plus laconiquement Cicéron au même endroit. — (4) Cicéron emploie quatre termes au lieu de trois, il les emploie précisément dans l'ordre légal d'hérédité, et par conséquent de lien juridique : *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*. Pour plus de clarté, je fais abstraction du troisième, *stirps*, dont on se préoccupe moins, et qui d'ailleurs est un accessoire de la *gens* ; mais tout cela se lie, et je crois apercevoir le lien. Le système que je vais développer montre ce lien parfaitement, non-seulement entre les trois, mais entre les quatre termes.

La *gens* n'a pas lieu pour tous les citoyens ; l'idée de la clientèle et de l'affranchissement est indispensable, à notre avis, pour bien comprendre cette relation du droit quiritaire. C'est, en effet, dans la clientèle et dans l'affranchissement que se rencontre cette sorte de génération, non pas naturelle, mais civile, qui est nécessaire pour compléter le tableau et pour expliquer les droits de la *gens* romaine. C'est pour l'avoir cherchée ailleurs qu'on s'est égaré, selon nous, en des hypothèses lointaines, dont les textes du droit romain n'offrent aucune trace ; tandis qu'on l'avait sous la main, en deux institutions essentielles qui ont occupé une si large place dans la composition de la société romaine et dans le droit relatif aux personnes. La *gens* a lieu seulement pour ceux qui sont d'origine perpétuellement ingénue, dont aucun des aïeux n'a jamais été en une servitude ou clientèle quelconque ; qui par conséquent se forment à eux-mêmes, de génération en génération, leur propre généalogie (*gens*). Quant aux familles actuellement ingénues, mais dont un des ancêtres, si reculé qu'il soit, a été soit client d'un patricien, soit esclave, elles n'ont pas une généalogie propre ; elles doivent leur vie, leur génération civile à la race de patronage ou d'affranchissement dont elles ont pris le nom et les *sacra*, qui est véritablement, dans la cité, leur noyau générateur, leur *gens*. Ainsi les membres de la famille d'origine perpétuellement ingénue sont à la fois, entre eux, agnats et gentils ; ils sont de plus les gentils des membres de toutes les familles de clients rattachées à leur *gens* par les liens du patronage, ou de toutes les familles dérivées que leur *gens* a produites par affranchissement à une époque quelconque, et à qui elle a donné, de même qu'aux clients, son nom et ses *sacra*. Ces derniers, soit clients ou descendants de clients, soit affranchis ou descendants d'affranchis, ont des *gentils*, mais ils ne le sont de personne. Ils portent le nom, ils participent aux *sacra* de la *gens* à laquelle ils se rattachent ou dont ils émanent ; il peut être permis de les déposer dans la sépulture de cette *gens ;* mais ils n'ont certainement pas la qualité de gentils, ni les droits d'hérédité ou de tutelle attachés à cette qualité (1).

Quant à la cognation, de même que la famille, elle a lieu pour tous les citoyens, sans distinction. Nous savons que les Romains

(1) On voit que nous n'accordons pas, comme Niebuhr, le titre ni les droits de gentils aux affranchis ni à leurs descendants ; la définition de Cicéron, à laquelle notre système reste toujours fidèle, repousse complétement cette idée. — Du reste, nous ne parlons pas seulement, comme Niebuhr, des affranchis ; ceux-là tiennent directement au patron par les droits de patronage, plus énergiques que ceux de gentilité ; mais nous parlons de toute la descendance des affranchis, qui, bien qu'elle soit ingénue, ne doit son existence civile qu'à la *gens* d'où son auteur commun est sorti par affranchissement. — Nous parlons en outre de toute la race des clients, qui est ingénue aussi, mais qui se rattache à la gens patricienne, sous le patronage de laquelle elle est placée par la communauté de nom et par celle des *sacra* qu'elle en a reçus.

entendent par cognation le lien entre personnes qui sont unies naturellement par le même sang, ou que la loi répute telles (tom. I, *Génér.*, n° 63).

1039. Tout membre de la famille est, par cela seul, membre de la cognation; il est par cela seul aussi membre de la gentilité s'il y a lieu à gentilité, c'est-à-dire s'il s'agit d'une famille d'origine éternellement ingénue. En d'autres termes, tous les agnats sont cognats entre eux; et s'il s'agit d'une famille d'origine perpétuellement ingénue, tous les agnats sont à la fois agnats, gentils et cognats entre eux (1); et en outre ils sont les gentils de tous les membres des familles dérivées de leur *gens*. — En sens inverse, tout membre renvoyé de la famille cesse d'être agnat; il cesse pareillement d'être gentil s'il s'agit d'une famille de gentil (*qui capite non sunt deminuti*, dit la définition de Cicéron); mais il ne cesse pas pour cela d'être cognat à l'égard de ceux auxquels il est lié par le sang : parce que l'agnation et la gentilité sont des liens civils, tandis que la cognation est un lien purement naturel (2).

1040. Cela posé, nous voyons ce que comprend la *gens*, dans les diverses agnations qui la composent ou qui en dépendent :

1° D'abord, et au-dessus de toutes ces agnations, la famille ou agnation d'origine perpétuellement ingénue, franche, à toute époque, de toute clientèle et de toute servitude, noyau générateur, qui est à soi-même sa propre généalogie, qui forme celle des autres, et qui leur donne à toutes son nom avec ses *sacra*. C'est là la *gens*; ses membres sont entre eux à la fois agnats, gentils et cognats; et, en outre, ils sont les gentils de tous les membres des diverses agnations rattachées par clientèle à la leur, ou dérivées par affranchissement de la leur, et ayant pris son nom et ses *sacra*.

2° Au-dessous de cette *gens*, dans une position subordonnée, attachées à elle par les liens de la clientèle, en ayant reçu le nom et les *sacra*, toutes les familles ou agnations plébéiennes des clients. Les membres de ces diverses familles de clients sont entre eux, chacun considéré dans sa famille respective, agnats et cognats; mais tous ont pour *gentils* les membres de la *gens*

(1) C'est ce qui a induit en erreur ceux qui ont cru que la famille et la *gens* étaient la même chose. De ce nombre il faut compter l'illustre Vico, qui n'a pas aperçu certainement le caractère spécial et civil de cette institution. (V. les lieux où il en parle : *De constantia philologiæ*, t. 3. p. 279 et 198 de l'édition de Milan, 1835. — *De uno univ. jur. princip. et fin.*, liv. 1. §§ 104 et 180. t. 3. p. 58 et 107.) Il n'y a pas ici d'autre phénomène que celui qui se trouve dans ce principe parfaitement connu : « Tous les agnats sont cognats, mais la réciproque n'est pas vraie. »

(2) Vico est indubitablement dans l'erreur, lorsqu'il croit que la *gentilité* ne se perd pas pour celui qui sort de la famille par adoption (*De uno univ. jur. princip. et fin.*, liv. 1. § 171. t. 3. p. 109). Cela est en contradiction avec le génie du droit civil romain, et avec la définition expresse de Cicéron.

supérieure à laquelle ils se rattachent et dont ils portent le nom.

3° Toujours au-dessous de cette *gens* supérieure, comme dérivant d'elle, comme en ayant reçu l'existence civile, avec son nom et ses *sacra*, toutes les familles ou agnations actuellement ingénues, mais qui sont provenues, à une époque quelconque, d'un affranchissement opéré par la *gens*. Chacun de ceux qui composent ces descendances d'affranchis a pour agnats tous les membres de sa famille respective, et pour *gentils* tous ceux de la *gens* supérieure, noyau générateur d'où ils sont issus civilement, et dont ils portent le nom. Ces descendants d'affranchis ne sont pas eux-mêmes des affranchis, puisque personnellement ils n'ont jamais été esclaves, puisqu'ils ont été libres dès leur naissance; ils sont ingénus, mais ingénus dans une condition inférieure, à cause de leur origine, qui, en remontant à leur père, à leur aïeul ou à un ancêtre quelconque, trouve sa source dans un esclave affranchi, et par conséquent dans une famille affranchissante (1). — Par extension, ne voyons-nous pas des littérateurs donner le nom de *gentiles* à des esclaves, par cela seul qu'ils sont sous la puissance et qu'ils se désignent, dans la vie usuelle, par le nom du maître (2)? Mais ce n'est pas une idée de jurisconsulte.

1041. Dans ce tableau de la composition d'une *gens*, même en reconnaissant la vérité de notre donnée, les jurisconsultes versés dans le maniement des textes pratiques du droit romain ont une tendance à porter uniquement leur attention sur ce qui concerne les descendants d'affranchis et à fermer les yeux sur ce qui touche les familles de clients. Je supplie qu'il n'en soit pas ainsi. Il y a sans doute à cette tendance deux raisons : la première, c'est qu'il reste toujours quelque obscurité sur le lien sacré de la clientèle, privilége exclusif de la puissance patricienne, sur laquelle peu de documents précis nous sont parvenus; la seconde, c'est que le lien de la clientèle a disparu plutôt de la société romaine, tandis que l'esclavage et l'affranchissement y sont restés jusqu'à la fin, et ont laissé de nombreuses traces dans le droit. Cependant la *gens*, qui se rapporte aux antiquités du droit, ne peut se com-

(1) Ces familles dérivées peuvent à leur tour faire des affranchissements. Elles ne seront pas, à l'égard de la descendance de leurs affranchis, une *gens*, puisque la *gens* commune c'est la famille d'origine purement et éternellement ingénue d'où toutes les autres découlent; mais elles seront une souche (*stirps*). Voilà donc les quatre expressions consacrées dans le droit civil romain, et les voilà dans leur ordre juridique : *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*, telles que Cicéron les donne en parlant de notre parenté céleste. Nous allons voir bientôt, dans un exemple remarquable qu'il nous fournit, une controverse judiciaire s'élever, devant le collége des centumvirs, entre le droit de succéder par souche (*stirpe*) ou par gentilité (*gente*), et c'est précisément la succession d'un fils d'affranchi qu'on se dispute.

(2) « ...... Singuli Marcipores, Luciporesve, dominorum gentiles. » (Pline, 33. 6.)

prendre et s'expliquer qu'au moyen de ces antiquités. L'institution des clients, pour ceux qui veulent se rendre compte de la manière dont était agrégée la population romaine primitive, y occupe la première place; celle des affranchis n'y vient qu'en ordre inférieur. Nous renvoyons à ce que nous en avons dit dans notre histoire (tom. I, *Hist.*, n[os] 16, 17 et suiv.; 91, 123 et suiv.; *Génér.*, n[os] 65 et suiv.). C'est là qu'on verra comment les *patres* ou *patricii*, c'est-à-dire les chefs, formaient la généalogie civile non-seulement de leur propre descendance, mais de la descendance de leurs clients et de leurs affranchis, comment les expressions *patres, patricii*, rendaient l'idée de cette qualité de chefs, de cette puissance; comment celle de *patronus* n'en était qu'un diminutif, puissance atténuée mais efficace sur les clients et sur les affranchis; comment *ingenuus* a signifié, dans son acception antique, qui est né dans une *gens*, qui appartient à ces races supérieures formant la généalogie des autres (le même mot a pris plus tard une signification amoindrie, relative seulement à la liberté de naissance, dans laquelle nous l'employons usuellement); comment les patriciens seuls pouvaient, dans l'origine, aspirer à une telle situation sociale : « *Vos solos gentem habere;* » pourquoi cette définition de la plèbe : « *Plebs, in qua gentes civium patriciæ non insunt;* » et pourquoi ces paroles de Publius Decius Mus dans sa harangue contre les patriciens : « On n'a pas pris pour patriciens des hommes tombés du ciel, on n'a pris rien autre que des hommes pouvant indiquer pour leur origine un *pater*, un chef; rien autre que des hommes nés dans une *gens* : *Qui patrem ciere possent, id est nihil ultra quam ingenuos* (1). »

On apprendra aussi par là comment ce privilége, exclusif dans le principe, s'en est allé avec les autres, à mesure qu'il s'est introduit dans la cité, parmi ses accroissements incessants de population, des races de plébéiens en très-grand nombre qui, n'ayant jamais appartenu aux temps primitifs, n'avaient jamais été soumises à la clientèle des races patriciennes et qui ont presque absorbé en elles l'ancienne population; à mesure surtout que la puissance de clientèle, que les patriciens seuls avaient possédée, a fini elle-même par disparaître complétement, tandis que la puissance dominicale et l'affranchissement étaient ouverts à tous les citoyens; de telle sorte que les familles plébéiennes qui pouvaient remonter à une source indépendante et toujours ingénue, ont à leur tour formé des *gentes* de même que les patriciens, et

(1) « Semper ista audita sunt eadem; penes vos auspicia esse, *vos solos gentem habere*, vos solos justum imperium et auspicium domi militiæque : æque adhuc prosperum plebeium ac patricium fuit, porroque erit. En Romæ unquam fando audistis patricios primo esse factos, *non de cœlo demissos*, sed qui patrem ciere possent : *id est nihil ultra quam ingenuos?* Consulem jam patrem ciere possum, s'écrie alors Décius, avumque jam poterit filius meus! » TIT.-LIV. 10. 8.

ont eu le droit de gentilité, non par rapport à une descendance de clients, puisqu'ils n'en avaient jamais eu; mais, au moins, par rapport à tous les membres des diverses familles dérivées de la leur par affranchissement, à une époque quelconque : d'où vient que l'histoire nous donne l'indication de tant de *gentes* plébéiennes. Ce dernier résultat est littéralement incontestable au temps de Cicéron; car si la gentilité eût encore été exclusivement propre au patriciat, comment le pontife Scævola, comment Cicéron, qui s'attache si minutieusement à compléter sa définition modèle, auraient-ils pu la donner comme parfaite, ayant négligé d'y indiquer une condition si essentielle et si particulière (1)?

Tout cela ne s'explique qu'en y faisant intervenir l'institution de la clientèle et ses vicissitudes historiques (2).

1042. En somme, de même que l'*agnation* est fondée sur un lien commun de puissance paternelle ou maritale, à quelque antiquité que remonte cette puissance, de même la *gentilité* est fondée sur un lien de puissance de patronage, si anciennement qu'ait existé cette puissance : patronage soit de clients, soit d'affranchis. — L'une et l'autre, l'agnation comme la gentilité, emportant communauté de nom et de *sacra,* lien civil et lien religieux; tandis que la *cognation,* relation toute de droit naturel, ne se déduit que du sang. — L'une et l'autre se perdant par le renvoi de la famille; tandis que la cognation naturelle n'en continue pas moins de subsister. — Mais tandis que l'agnation et la cognation ont lieu pour tous les citoyens, la gentilité n'a lieu que pour les races privilégiées qui peuvent remonter jusqu'à ses dernières limites la source de leur généalogie et prouver qu'elle a été per-

(1) Selon Vico, quand les patriciens seuls disent *se gentem habere,* c'est que seuls ils ont le *connubium,* les noces, qui distinguent les familles, qui marquent les descendants, qui séparent les uns des autres les pères, les mères, les frères et les sœurs, et empêchent les rapprochements incestueux par lesquels les générations ne sont pas propagées, mais confondues et détruites. Quant à la plèbe, elle n'a pas de *gens,* parce qu'elle ne s'unit qu'à la mode des bêtes fauves (*quia agitarent connubia more ferarum*); et, lorsqu'elle prétend obtenir à son tour le *connubium,* ce n'est pas le droit de s'allier aux patriciens (*connubia cum patribus*), elle n'élève pas son ambition si haut; c'est le droit de contracter des unions reconnues et sanctionnées civilement, comme celles des patriciens (*connubia patrum*).—Vico, *Scienza nuova,* lib. 2. cap. 7. t. 4. p. 60 de l'édit. italienne de Milan, 1836; — t. 2. p. 127 de la trad. de M. Michelet. — On voit combien l'imagination a entraîné le philosophe napolitain loin de la vérité.

(2) La donnée de notre système sur la gentilité se retrouve, en ce qui concerne les descendants d'affranchis, chez M. Hugo, qui l'a émise, par simple indication, dès les premières éditions de son *Histoire du droit romain,* et développée plus tard dans une dissertation spéciale dont le texte n'est pas sous nos yeux; M. Holtius, dans un article inséré au *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (1854, tom. 3, p. 43), a apporté de nouvelles considérations à l'appui; mais l'un et l'autre de ces jurisconsultes ne parlent que des descendants d'affranchis; la clientèle, dont le rôle a été si caractéristique et si déterminant dans cette institution de la gentilité, n'y apparaît pas · le système est forcément incomplet et *claudicans.*

pétuellement ingénue, qu'à aucune époque quelconque aucun de leurs aïeux n'a été en clientèle, ou n'a reçu d'un affranchissement la liberté et l'existence civile. Voilà pourquoi Paul nous dit dans ses *Sentences* : « Intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur (1). » *Aliquando quoque*, quelquefois seulement.

Niebuhr parle d'une agrégation civile, d'une agrégation politique, ne tenant pas au lien du sang, qui formerait le nœud de la *gens* : il y a du vrai en cela. Mais au lieu de laisser ce nœud de l'agrégation dans le vague, dans l'indéterminé, d'aller en chercher le spectre trompeur en des sortes de clans ou d'affiliations étrangères à l'histoire et aux mœurs des Romains, il suffit de le reconnaître dans ces trois institutions dont le souvenir remplit les monuments, les lois et la littérature des Romains, et qui existaient même avant Rome, en la composition des antiques populations italiques : le patriciat, la clientèle, les affranchissements (tom. I, *Hist.*, n[os] 15 et 16). La gentilité se présente dès lors avec un caractère précis, reposant sur la même base que tout l'ensemble de la famille romaine, c'est-à-dire sur la puissance; avec des degrés bien marqués qu'il est possible au jurisconsulte, même dans les cas les plus compliqués, de compter et de déterminer légalement; tels, en un mot, qu'il est indispensable de les assigner dans une institution où il s'agit de déférer la tutelle, la curatelle et l'hérédité *ab intestat* (2).

1043. Arrivons maintenant à cette hérédité *ab intestat*, ou légitime.

Le droit civil y appelle d'abord les membres de la famille, héritiers siens, ou simplement agnats; — à défaut, les membres de la *gens*, les gentils, s'il y a lieu à gentilité; et il s'arrête là. — C'est le droit prétorien seul qui a appelé en troisième ordre les cognats.

Mais, en fait, il n'y a que les descendants de clients ou d'affranchis pour qui la famille puisse se distinguer utilement de la *gens*, et pour qui, en conséquence, après les *agnats*, viennent les *gentils*, dans les droits de tutelle et d'hérédité légitimes.

---

(1) PAUL. *Sentent.* 4. 8. 3.

(2) Quel est celui à qui revient l'hérédité dans la *gens* hypothétique de Niebuhr? On s'en tire en disant que c'est la *gens* tout entière, comme corporation, comme association, qui hérite; mais la tutelle, mais la curatelle? où est la réponse? — Quoiqu'il ne nous soit resté de texte que relativement à la curatelle des gentils (tom. 1, p 105, et tom. 2, n° 264), la même règle est indubitable relativement à la tutelle (tom. 2, n° 193). Nous en avons la confirmation dans ce passage où Cicéron nous dit qu'il n'y a pas de race généalogique pour les fonds de terre; qu'il n'en est pas d'eux comme des tutelles qui sont déférées par la loi; tandis que des ventes et des achats font passer les fonds de terre à des hommes étrangers à la *gens* et souvent aux plus infimes : « Nesciebat prædiorum nullam esse gentem; emptionibus ea solere sæpe ad alienos homines, sæpe ad infimos, non legibus *tanquam tutelas*, pervenire. » (CICÉRON, *Pro Balbo*, § 25.)

En effet, pour les membres de la *gens*, c'est-à-dire de la famille perpétuellement ingénue, l'agnation et la gentilité, quant à leurs effets de droit, se réunissent et se confondent; ces membres sont à la fois, entre eux, agnats, gentils et cognats. Et s'ils sont renvoyés de la famille, ils cessent à la fois d'être agnats et d'être gentils; ils ne restent plus que simples cognats. Ainsi, à leur égard et entre eux, la famille et la *gens*, quant aux effets de droit, sont confondues (1).

Mais pour les races descendant d'un client ou d'un affranchi, quelque éloignées qu'elles fussent de cette première origine servile, il n'en était pas de même, et voici pourquoi :

1044. Le client et ses descendants, quoique plébéiens, étaient ingénus, dans l'acception étroite et postérieure de ce mot en droit romain, c'est-à-dire libres de naissance; ils jouissaient des droits de famille; l'hérédité *ab intestat* était déférée, entre eux, suivant le droit commun : 1° aux héritiers siens; 2° aux agnats. Mais s'ils n'avaient aucun agnat, alors arrivaient les membres de la *gens* supérieure, qui étaient leurs gentils, dont ils portaient le nom et suivaient les *sacra* : l'hérédité légitime, à défaut d'agnats, passait à ces gentils, et il en était de même de la tutelle. Tous ceux qui ont écrit sur l'institution de la clientèle chez les Romains ont eu le sentiment d'un certain droit d'hérédité et de tutelle accordé à la race patricienne des patrons sur la race plébéienne des clients; mais sans pouvoir déterminer avec précision la nature ni la mesure de ce droit, et sans trouver aucun texte qui y soit relatif. La gentilité nous en donne l'explication d'une manière simple, consacrée par la loi des Douze Tables elle-même, et parfaitement en accord avec les droits d'agnation maintenus aux clients entre eux, dans leur famille respective (tom. I, *Génér.*, n° 17, *in fine*).

1045. Quant à l'affranchi et à ses descendants, quelque chose d'analogue se produit, avec une distinction cependant.

L'affranchi, première souche de sa race, en passant de l'esclavage à la liberté, se trouvait dans une position particulière : il n'était pas ingénu, c'est-à-dire libre depuis sa naissance, il était affranchi (*libertus*, plus tard, *libertinus*); il n'avait pas de famille antérieure, pas d'agnat; il pouvait seulement, s'il contractait de justes noces, avoir des enfants, une postérité légitime. Sa succession, en conséquence, était déférée : 1° aux héritiers siens; 2° à défaut d'héritiers siens, puisqu'il n'y avait pas d'agnation possible, au patron ou aux enfants du patron, lesquels avaient aussi la tutelle légitime si l'affranchi était impubère (tom. II,

(1) Voilà pourquoi Ulpien, en donnant les différentes significations du mot *familia*, a dit : « Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum : nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et *gente* proditi sunt. » DIG. 50. 16. *De verbor. signif.* 195. § 2. f. Ulp.

n° 218). Ce droit relatif à la succession des affranchis était établi textuellement par la loi des Douze Tables ; la jurisprudence, les édits des préteurs, dans les diverses possessions de biens, certains plébiscites ou sénatus-consultes, certaines constitutions impériales, l'avaient développé, modifié, réglementé ; il était d'un intérêt majeur, d'une application quotidienne, et forme encore l'objet de titres importants dans la législation de Justinien (1). Il constituait une partie essentielle des droits de patronage ; le patron et la famille du patron, quelle que fût, du reste, leur origine à eux-mêmes, venaient ainsi à l'hérédité de leur affranchi, par droit de *patronage*, et non par droit de *gentilité*.

Mais quant à la postérité légitime de l'affranchi, issue des justes noces que cet affranchi avait pu contracter après sa manumission, quoique placée dans une condition inférieure et se ressentant toujours de son origine servile, elle était ingénue en ce sens que les membres dont se composait cette postérité étaient libres de naissance ; par conséquent ils étaient entre eux agnats ; ils jouissaient des droits de famille. Les règles sur la succession *de l'affranchi* ne les regardent pas, car ils ne sont pas affranchis, ils sont ingénus ; ce qui concerne l'appel du patron ou de ses enfants ou de sa famille aux droits de tutelle et de succession, par droit de patronage, dans les Douze Tables, dans les édits, dans les plébiscites, dans les sénatus-consultes, dans les constitutions impériales, est toujours limité à la personne de l'affranchi ; je ne connais aucun texte, aucun monument qui l'étende plus loin ; et l'on n'en trouvera aucun, car ce serait contraire à toutes les règles du droit romain sur les effets des justes noces et sur la constitution de la famille. L'hérédité *ab intestat* de chacun de ces descendants légitimes d'affranchi est déférée, suivant le droit commun : 1° aux héritiers siens ; 2° aux agnats. — Mais s'il n'existe pas d'agnats, alors l'hérédité et la tutelle légitime passent aux gentils, c'est-à-dire aux membres de la famille primitivement affranchissante, si cette famille est de race purement ingénue et forme ainsi une *gens* supérieure à laquelle leur première origine civile se rattache par affranchissement, et dont ils portent le nom et suivent les *sacra*.

Ainsi, en ce qui concerne l'affranchi, il y a, pour le patron et pour ses enfants, successibilité et tutelle légitime par *droit de patronage ;* en ce qui concerne la postérité de l'affranchi, successibilité et tutelle légitime par *droit de gentilité*. Le droit de patronage appartient au patron et à ses enfants, quelle que soit d'ailleurs leur origine, fussent-ils eux-mêmes clients affran-

(1) Voir les INSTITUTS, liv. 1. tit. 17. *De legitima patronorum tutela ;* liv. 3. tit. 7. *De successione libertorum ;* tit. 8. *De adsignatione libertorum ;* tit. 9. *De bonorum possessionibus*, § 3 et suiv. — DIGESTE, liv. 37, tit. 14. *De jure patronatus ;* liv. 38. tit. 2. *De bonis libertorum* — CODE, liv. 6. tit. 4. *De bonis libertorum et jure patronatus.*

chis ou descendants d'affranchis; le droit de gentilité remonte plus haut, il n'appartient qu'à ceux qui sont membres de la *gens* supérieure, noyau primitif d'où les autres familles secondaires sont dérivées par affranchissement, et qui leur a communiqué son nom avec ses *sacra*.

1046. Je ne saurais trop insister sur cette distinction entre les affranchis et leur descendance, parce qu'il s'est fait à ce sujet, à propos de la succession des gentils, une confusion dans laquelle ne tomberont certes point les jurisconsultes suffisamment familiarisés avec les principes et avec les textes du droit successoral des Romains. Ces descendants d'affranchis sont ceux dont Suétone a dit qu'on les appelait jadis, au temps d'Appius Cæcus et quelque temps encore après, non pas *liberti*, mais LIBERTINI : « Temporibus Appii et deinceps aliquamdiu *libertinos* dictos, non ipsos qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos (1) ; » ceux qui figurent néanmoins dans un grand nombre d'inscriptions tumulaires, par lesquelles le défunt déclare qu'il a fait ériger ce monument, à soi, à ses enfants, à ses affranchis ou affranchies et à leur postérité (*libertis, libertabusque eorum posterisque*). Du moment qu'il s'agit, non pas de l'affranchi lui-même, mais d'un descendant d'affranchi, fils ou autre descendant quelconque, il ne saurait être question de succession par droit de patronage; ce droit successoral ne va pas jusqu'à eux; c'est le droit de gentilité qui, seul, après celui de leur agnation, vient les atteindre.

1047. On voit donc comment, pour les races de clients ou d'affranchis, la *famille* est distincte de la *gens* : la *famille*, c'est la descendance légitime du client ou de l'affranchi, dans toutes ses branches par mâles, et les agnats sont les membres de cette descendance; la *gens*, c'est la descendance par mâles, la famille légitime du patron, d'origine patricienne ou purement ingénue, et les *gentils* sont les membres de cette famille. Pour ces descendants de clients ou d'affranchis, l'hérédité légitime, à défaut d'héritiers siens, et la tutelle appartiennent d'abord à leurs agnats, c'est-à-dire aux membres de la famille; et, à défaut, elles passent à leurs gentils, c'est-à-dire aux membres de la *gens*.

1048. En somme, les *gentils* étaient donc les membres de la famille des patriciens patrons, ou de la famille affranchissante, d'extraction purement ingénue et franche de toute clientèle, par rapport les uns aux autres d'abord : ce qui se confond entre eux avec la qualité d'agnats; et en outre par rapport aux membres de la famille des clients, ou de la famille affranchie, et de toutes leurs ramifications.

1049. Cela posé, la définition du pontife Scævola et de Cicéron nous devient bien compréhensible, et son exactitude patente; elle

(1) SUETONE, *Vie de Claude*, § 24.

est bien réellement complète, et chacun de ses termes se trouve vérifié. — « *Les gentils sont ceux qui ont le même nom commun entre eux;* » en effet, c'est le nom de la famille du patron, qui s'est étendu sur le nom de la famille des clients ou de l'affranchi et qui se trouve commun entre elles. Mais ce n'est pas assez, car si on s'arrêtait là, la définition s'appliquerait aussi bien aux agnats, puisqu'ils ont également entre eux communauté de nom. « *Qui sont d'origine ingénue :* » voici une nouvelle circonstance qui spécifie mieux, et qui marque à l'instant la séparation avec les agnats, puisqu'il n'est pas nécessaire, pour être agnat, d'être né de parents ingénus : les enfants légitimes d'un affranchi n'en sont pas moins agnats entre eux. Ce n'est pas encore assez, il faut : « *dont aucun des aïeux n'a été réduit en servitude;* » car si, en remontant vers les aïeux, on en trouvait un seul qui eût été client ou esclave, cette famille ne serait pas une famille de *gentils*, mais une descendance de clients ou d'affranchis; elle tirerait elle-même son existence civile et son nom d'une famille de patron ou d'une famille affranchissante qui, par conséquent, serait sa *gens*. Enfin Cicéron ajoute pour dernier caractère : « *qui n'ont pas été diminués de tête,* » parce que tout membre sorti par une diminution de tête de la famille, de la généalogie supérieure, a perdu toute participation aux droits de cette famille, et par conséquent n'est plus au nombre des gentils de la race subordonnée.

1050. La définition de Festus elle-même, quoique moins complète, reçoit sa vérification : « Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur; » la qualification de *gentil* s'applique à deux circonstances : et à la communauté d'origine pour les membres de la *gens* entre eux, et à la communauté de nom pour ces membres par rapport à la descendance du client ou de l'affranchi.

1051. Enfin, pour achever la conviction, s'il y manque encore quelque chose, Cicéron vient nous montrer un procès porté devant le collége des Centumvirs, qui roule précisément sur le droit de *gentilité*, et nous voyons que c'est *la succession d'un fils d'affranchi* que deux familles s'y disputent (1). Tite-Live aussi, dans

(1) Cicéron, voulant indiquer combien la connaissance de la législation est indispensable à l'orateur, dit : « Quid, qua de re inter Marcellos et Claudios patricios, centumviri judicarunt? Cum Marcelli *liberti filio* STIRPE, Claudii, patricii » *ejusdem nominis*, hereditatem GENTE, ad se redisse dicerent : nonne in ea » causa fuit oratoribus de toto STIRPIS AC GENTILITATIS jure dicendum? » (Cicér. *De orat.* 1. § 39. édition de Gruter.) Ainsi nous voyons ici deux familles portant le même nom (*ejusdem nominis*); l'une patricienne et primitive, celle des Claudius; l'autre plébéienne et probablement dérivée de la première, celle des Claudius-Marcellus. Les Marcellus prétendent succéder, par droit de souche (*stirpe*), au fils d'un affranchi de leur ligne (*liberti filio*), ramification qui, par rapport à eux, ne peut offrir de doute, puisque, s'agissant du fils même d'un affranchi, ce lien est immédiat et tout récent. Mais les Claudius, patriciens, famille primitive, prétendent que, formant la généalogie des Marcellus eux-mêmes, et par conséquent de toutes leurs ramifications, la succession de ce fils d'affran-

le privilége qu'il nomme *gentis enuptio*, accordé par plébiscite, sur la proposition du sénat, à l'affranchie Hispala Fecenia, en récompense de sa dénonciation dans l'affaire des Bacchanales, nous donne, quoique moins clairement, la même confirmation (1).

1052. Par tout ce qui précède on voit donc que le titre et les droits de gentil appartenaient exclusivement aux membres de la famille patricienne du patron ou de la famille affranchissante, race originaire et ingénue dans sa source, par rapport à ceux de

---

chi des Marcellus leur revient par droit de *gentilité*. — Ainsi, aucun doute n'est plus possible : c'est bien de la succession *d'un fils d'affranchi* qu'il s'agit; c'est bien à ces sortes de successions que le droit de *gentilité* trouve son application; et cependant les descendants d'affranchis ne sont pas des *gentils*, selon la définition même de Cicéron, qui exige qu'aucun des aïeux n'ait jamais été en servitude. Donc on est *gentil* à leur égard, sans qu'ils soient *gentils* à l'égard des autres. — Enfin, l'effet de la superposition et du croisement des affranchissements : pour la *gens*, généalogie, primitive et pure, de toutes les familles dérivées, et pour la *stirps*, famille dérivée elle-même, mais qui, à son tour, a fait des affranchissements : tout cela n'est-il pas frappant d'évidence dans cet exemple? *Agnatio*, *Gens*, *Stirps*, *Cognatio*, ces quatre termes consacrés du droit civil romain, ne s'aperçoivent-ils pas maintenant bien distincts et dans leur ordre juridique?

J'avoue que je ne saurais comprendre en rien, comme jurisconsulte, l'explication qu'a cherché à donner de ce procès, dans le système de la *gens* hypothétique de Niebuhr, notre savant collègue M. GIRAUD (*Revue de législation*, tom. 27. p. 427). Notez qu'il ne s'agit pas ici de la succession *d'un affranchi*, ni des droits *de patronage* par rapport à cette succession : dans ces termes, il n'y aurait eu aucune sorte de doute, aucun procès possible; la loi des Douze Tables, la jurisprudence civile, l'édit du préteur étaient formels. Voilà la confusion contre laquelle il importe de bien se garder. Il s'agit ici, d'après les termes mêmes de Cicéron, de la succession d'un fils d'affranchi (*liberti filio*), c'est-à-dire d'un homme né libre, d'un ingénu, pour lequel les ordres d'héritiers *ab intestat* sont : 1° les héritiers siens; 2° les agnats; 3° et à défaut d'agnats les gentils. Alors surgissent toutes les difficultés dans le règlement des droits entre la *gens*, source généalogique primitive et supérieure, et la *stirps*, qui n'est qu'une fraction ou une dérivation inférieure et subordonnée de la *gens*. « Nonne in ea causa fuit oratoribus de toto *stirpis* ac *gentilitatis* jure dicendum? » Il y aurait eu de bien autres complications, de bien autres enchevêtrements si l'on s'était éloigné davantage du point d'affranchissement. Ce sont ces complications de la gentilité, et l'espèce d'assujettissement dans lequel elle tenait à perpétuité des races depuis longtemps ingénues, qui l'ont fait tomber en désuétude, d'abord pour les races de clients, et ensuite même pour les races d'affranchis.

(1) TITE-LIVE, liv. 39, § 19. La *gentis enuptio* dont il s'agit ici est, sauf les différences notables résultant de la différence des institutions, quelque chose d'analogue à ce qu'a été, plus tard, dans l'ancien droit européen, le *formariage* à l'égard des serfs, dont LOISEL a dit, en ses *Institutes coutumières* (liv. 1, tit. 1, maxime 82) : « Le seigneur a droit de suite et formariage sur ses serfs. » — D'après la règle que les enfants issus de justes noces entraient, chez les Romains, dans la famille civile de leur père et non dans celle de leur mère, les affranchies se mariant hors de la *gens* auraient porté ailleurs leur postérité, et privé ainsi les *gentils* de leur droit éventuel de tutelle, de curatelle et de succession sur cette postérité. Voilà pourquoi la *gentis enuptio*, ou mariage hors de la *gens*, leur était interdite. Il faut un sénatus-consulte, confirmé par plébiscite, pour l'accorder exceptionnellement à l'affranchie Hispala Fecenia. — Ainsi nous expliquons parfaitement et simplement ce qui est resté une énigme, même pour les jurisconsultes, dans cette *gentis enuptio* dont parle Tite-Live.

la famille des clients ou de la famille affranchie, race civilement dérivée de l'autre, cliente ou esclave dans son principe; mais sans que ce titre et ces droits fussent réciproques pour ces derniers par rapport aux autres. On voit aussi par cela même que le titre de *gentil* était un titre honorifique, puisqu'il indiquait dans ceux qui l'avaient qu'ils appartenaient à une race primitive, ayant sa généalogie propre et toujours ingénue, ne devant sa génération civile à aucune autre race, et remontant toujours d'aïeux en aïeux jusqu'à sa source la plus reculée, à des personnes libres de naissance et franches de toute clientèle.

1053. Le droit de gentilité disparut avec le temps; déjà Cicéron en parle comme d'une chose rare à son époque. Sous Gaius il n'existait plus : « Et cum admonuerimus, dit ce jurisconsulte, totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare (1). » Et Ulpien dit encore après lui : « Nec gentilitia jura in usu sunt (2). » Cette disparition successive et enfin totale est facile à expliquer. Quant à ce qui concerne la clientèle, assujettissement des plébéiens aux patriciens, cette antique relation quiritaire a disparu, et avec elle toute une grande partie de la gentilité. Quant à ce qui concerne les affranchissements, la succession des races se multipliant à l'infini, celles primitivement affranchies affranchissant à leur tour et créant ainsi de nouvelles races qui, de leur côté, en engendraient d'autres (car chaque affranchissement produisait cet effet); toutes ces familles, superposées et dispersées par la ramification, s'épurant à mesure qu'elles s'éloignaient de leur origine servile et que l'ingénuité se prolongeait en elles de génération en génération : enfin, toutes ces choses arrivant dans une progression croissante, selon le cours que suivaient la multiplicité des affranchissements et l'accroissement de la population, il résulta de là que les vestiges des droits de gentilité durent inévitablement se perdre. Ce travail, ce renouvellement de la population, en même temps qu'il a épuré et multiplié les familles secondaires, a dû faire disparaître et noyer dans les générations successives les familles primitives qui avaient formé le noyau ingénu générateur et auxquelles était réservée exclusivement la qualité de gentil. D'un côté, ces familles avec le temps sont devenues chaque jour moins nombreuses, surtout comparativement à la population commune; de l'autre, elles ont perdu la trace de celles sur lesquelles avait existé leur droit de gentilité. Si quelques-unes ont résisté davantage, et si parmi elles le titre et les droits de gentils ont survécu plus longtemps, ç'a été naturellement chez les familles puissantes, qui perdent difficilement leurs traces, parce qu'elles mettent leur honneur et leur intérêt dans leur généalogie. Ceci explique comment la gentilité, à une certaine époque, de fait, n'a plus eu

(1) GAI. 3. 17. — (2) Legum mosaïcarum et romanarum collatio, 16. 4. *in fin.*

d'existence que dans quelques hautes familles, et comment enfin elle n'a plus été qu'un vague souvenir.

Mais par l'effet mystérieux des traditions historiques et populaires, tandis que l'idée de l'institution s'est perdue et n'a plus été qu'une énigme pour les jurisconsultes et pour les érudits, les mots sont restés avec leur véritable valeur dans la bouche du peuple, et la dénomination de *gentil, gentilhomme, gentiluomo, gentilhombre, gentleman,* a passé jusque dans la plupart des langues modernes européennes, pour indiquer ce qu'on nomme une bonne extraction, une noble généalogie, un pur sang (1)!

## TITULUS III.

### DE SENATUS-CONSULTO TERTULLIANO.

Lex Duodecim Tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione UNDE COGNATI accommodata, vocabant.

## TITRE III.

### DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.

La loi des Douze Tables avait un droit tellement rigoureux, une telle préférence pour la descendance des mâles, et une telle exclusion contre ceux qui ne sont unis que par les liens du sexe féminin, qu'elle n'accordait pas même entre la mère et le fils ou la fille le droit de venir à la succession l'un de l'autre. Ces personnes n'y étaient appelées que par les préteurs, à leur rang de cognation, à l'aide de la possession de biens UNDE COGNATI.

1054. Aucun droit de succession civile et réciproque n'existait entre la mère et ses enfants. Les enfants ne succédaient à la mère ni comme *héritiers siens,* puisqu'elle n'avait sur eux aucune puissance paternelle, ni comme *agnats,* puisqu'elle n'était pas dans leur famille : et, de son côté, la mère ne succédait à aucun titre civil à ses enfants. Il n'y avait d'exception que dans le cas où la femme était entrée sous la main et dans la famille de son mari (*in manu viri*), ainsi que nous l'avons expliqué tome II, n° 151. Alors seulement elle était agnat de ses enfants, considérée, par rapport à eux, comme au degré de sœur consanguine, et les droits d'agnation existaient réciproquement entre eux à ce degré. « Præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint (2). » Sauf ce cas, la rigueur de la loi civile les laissait sans droits; ils n'étaient appelés que dans le troisième

(1) *Gentil* dit beaucoup plus qu'*ingénu* en l'acception étroite et amoindrie qui a prévalu de bonne heure pour ce dernier mot dans la langue et dans le droit des Romains : l'*ingénu*, en cette acception amoindrie, est né libre, mais rien n'indique que son père ou quelques-uns de ses aïeux n'aient été clients ou esclaves; le *gentil* appartient à une race éternellement et complétement libre jusqu'à lui. — L'expression de *gentil-homme* elle-même est toute romaine; nous la trouvons textuellement dans Cicéron parlant ainsi de Clodius, lequel, afin de pouvoir arriver au tribunat, avait abandonné sa généalogie patricienne en se faisant adopter par un plébéien : « Discite orationem, pontifices, et vos, flamines; etiam tu, rex, disce a *gentili homine;* quanquam ille gentem istam reliquit. » (CICÉRON, *Pro domo,* § 49.) — (2) GAI. 3. 24.

ordre imaginé par le préteur, celui des cognats. De là deux sénatus-consultes corrigeant cette aspérité du droit : 1° le sénatus-consulte Tertullien, relatif au droit de succession de la mère sur ses enfants; 2° le sénatus-consulte Orphitien, relatif au droit de succession des enfants sur leur mère.

I. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

1. Mais, dans la suite, cette rigueur de droit fut adoucie; et le divin Claude, le premier, déféra à une mère l'hérédité légitime de ses enfants, comme un soulagement à leur perte.

1055. Il ne s'agit ici que d'une faveur spéciale accordée par rescrit de l'empereur Claude à une mère qui avait perdu tous ses enfants.

II. Postea autem senatus-consulto Tertulliano, quod *divi Hadriani temporibus* factum est, plenissime de tristi successione matri, *non etiam aviæ*, deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, *licet in potestate parentis sit* : ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

2. Plus tard, *au temps du divin Adrien*, le sénatus-consulte Tertullien établit généralement, en faveur de la mère, *mais non de l'aïeule*, le droit de recueillir la triste succession des enfants; en ce sens que la mère ingénue ayant trois enfants, ou l'affranchie quatre, serait admise aux biens de ses fils ou filles morts intestat, *quand même elle serait sous la puissance paternelle;* sauf, dans ce cas, à ne faire adition que par l'ordre du chef auquel elle est soumise.

1056. *Divi Hadriani temporibus*. Ce n'est pas Adrien lui-même, c'est son fils adoptif, Antonin le Pieux, qui est ici désigné par son nom d'adoption. Ce fut sous lui (l'an 911 de Rome, et 158 de J. C.) que fut rendu le sénatus-consulte Tertullien.

Ce sénatus-consulte fut conçu dans le même esprit que ce qui avait déjà été fait par la législation caducaire au sujet des libéralités testamentaires, soit en faveur des *patres*, c'est-à-dire des citoyens ayant au moins un enfant légitime, soit en faveur des femmes *ter quaterve enixæ* (ci-dess., n° 719 *bis*). Il s'agit ici d'hérédité *ab intestat*. Le sénatus-consulte n'établit le droit de succession *ab intestat* des mères sur leurs enfants que comme un privilége pour celles qui en auraient eu un certain nombre déterminé par la loi. Les mères ayant atteint le nombre fixé, trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies, étaient dites avoir le *jus liberorum*. Les jurisconsultes discutaient avec le plus grand soin les conditions de ce *jus liberorum :* les enfants devaient être nés vivants et à terme; néanmoins au septième mois ils profitaient encore à la mère; chaque accouchement ne comptait que pour un enfant, quel que fût le nombre qui en fût issu; les avortements, les produits inertes ou monstrueux, ne profitaient en rien. Telles étaient, et encore d'autres semblables, les questions débattues par les jurisconsultes dans cette matière, si importante, puisqu'elle

tenait à un des premiers degrés de succession (1). Toutefois, des femmes qui, d'après la loi, n'avaient pas et n'avaient jamais eu le *jus liberorum*, faute d'avoir atteint le nombre fixé, pouvaient l'obtenir de l'empereur (2). Ainsi, la seule volonté du prince pouvait, par un rescrit individuel, changer l'ordre d'une succession.

*Non etiam aviæ*. Le sénatus-consulte ne s'étendait pas à l'aïeule; chaque mère ayant le *jus liberorum* pouvait succéder à ses enfants, mais non à ses petits-enfants.

*Licet in potestate parentis sit :* cela peut arriver fréquemment, puisque, par le mariage, non plus que par l'âge, la femme ne sort ni de la puissance ni de la famille de son père.

**III.** Præferuntur autem matri liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur *ex constitutionibus* matri defunctæ, id est aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus et proavus, matri anteponitur, *scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur*. Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori.

**3.** Sont préférés à la mère les enfants du fils défunt, héritiers siens ou considérés comme tels, soit au premier, soit à tout autre degré. Et si c'est une fille hors puissance qui est morte, son fils ou sa fille est préféré *par les constitutions* à la mère de la défunte, c'est-à-dire à son aïeule. Pareillement, dans l'un ou l'autre cas, le père, mais non l'aïeul ni le bisaïeul, obtient la préférence sur la mère, *pourvu toutefois que le débat d'hérédité n'ait lieu qu'entre eux seuls*. Le frère consanguin du fils ou de la fille excluait la mère; la sœur consanguine était admise avec elle; mais s'il y avait un frère et une sœur consanguins, et la mère ayant le droit d'enfants, celle-ci était exclue par le frère, et l'hérédité se partageait également entre le frère et la sœur.

**1057.** Cette succession de la mère sur ses enfants est un genre tout spécial de succession, qui n'est ni celui des agnats ni celui des cognats, qui ne se place bien positivement ni avant ni après, mais qui se règle par un ordre particulier, selon le degré de parenté.

Ainsi, avant la mère sont toujours placés, lorsqu'ils concourent directement avec elle, sans distinguer en vertu de quel droit successoral ils arrivent, héritiers siens, agnats, cognats ou possesseurs des biens, peu importe : 1° les *enfants* du fils ou de la fille décédée; 2° le père, mais non l'aïeul; 3° les frères consanguins, dont la présence, n'y en eût-il qu'un, suffit pour exclure la mère. Les sœurs consanguines, quand elles sont seules et sans aucun frère, n'excluent pas la mère, qui prend une part avec elles. Et de cette hiérarchie particulière de degrés, il résulte que cette succession : 1° est toujours exclue par l'ordre des héritiers siens; 2° exclut toujours les agnats à partir d'un certain degré, mais se

(1) Voy. toutes les règles minutieuses dans les *Sentences* de Paul, 4. 9. *ad S. C. Tertullianum*. — (2) Paul. *Sent. Ibid.* § 9.

trouve exclue par ceux du degré supérieur, ou concourt avec quelques-uns; 3° n'exclut pas toujours les cognats; quelques exemples feront sentir ses conséquences.

Mais un principe qu'il faut poser avant tout, et sans lequel le rang de cette succession maternelle ne pourrait pas être compris, c'est qu'il faut nécessairement, pour que l'ordre de préférence que nous venons d'indiquer produise son effet : par exemple, pour que le père soit préféré à la mère et l'exclue, ou bien pour que la mère soit préférée à l'aïeul et l'exclue, il faut que le concours s'établisse directement entre eux seuls.

*Scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur*. C'est ainsi que notre texte énonce ce principe; il paraît vouloir le rapporter uniquement au père et à l'aïeul; mais le principe est général. Il nous reste à en faire l'application aux divers cas.

1058. 1° Les enfants d'un fils excluent toujours la mère de ce dernier, s'ils sont héritiers siens, ou appelés au nombre des héritiers siens. Mais supposons qu'au moment du décès de leur père les enfants se trouvent dans une famille adoptive; nous savons que, dans cette position, ils n'ont sur la succession paternelle ni droit d'hérédité ni droit de possession des biens, si ce n'est comme cognats; après l'ordre des agnats, excluront-ils la mère? Il faut distinguer : s'il existe des agnats, le concours ne s'établit pas directement entre la mère et les enfants situés dans une famille adoptive, il s'établit entre la mère et les agnats, puisqu'en supposant même que la mère fût écartée, ce seraient non pas les enfants, mais les agnats qui succéderaient. En conséquence, l'existence des enfants sera sans influence, la mère exclura les agnats et arrivera à l'hérédité. Mais s'il n'existe pas d'agnats, c'est l'ordre des cognats qui arrive; alors les enfants, quoique placés dans une famille adoptive, sont appelés dans cet ordre, le concours s'établit directement entre eux et la mère du défunt : celle-ci est exclue (1). Ainsi, dans ce cas, la succession maternelle qui excluait l'ordre des agnats n'exclut pas celui des cognats.

Quant aux enfants d'une fille, ils n'étaient pas héritiers siens par rapport à elle, puisqu'elle n'avait aucun héritier sien; ils ne lui succédaient qu'en vertu du sénatus-consulte Orphitien, avant tous les agnats, et, dans cette position, les constitutions impériales les appelaient spécialement de préférence à la mère; c'est ce que nous indique le texte par ces mots *ex constitutionibus* (2).

2° Les frères consanguins, toutes les fois qu'il n'y avait pas d'héritiers siens, ni d'enfants appelés au nombre des héritiers siens, arrivaient en tête des agnats et excluaient la mère.

(1) Dig. 38. 17. 2. § 9. f. Ulp. — (2) Une constitution, à ce sujet, des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, est ainsi conçue : « Quotiens de emancipati filii filiæve successione tractatur : filiis ex his genitis deferatur intacta » pro solido successio, neque ulla defuncti defunctæve patri matrive concedatur » intestatæ successionis hereditas. » (Cod. 6. 57. 4.)

3° Le père, toutes les fois qu'il est dans la position que nous avons exposée ci-dessus (n° 1030), ayant droit de succession immédiate sur son fils ou sur sa fille prédécédés, exclut la mère. Mais supposons qu'il s'agisse d'un père qui a été émancipé ou donné en adoption par l'aïeul. Dans ce cas, nous savons qu'il est exclu par les agnats, et n'a de droits qu'après eux, comme cognat. Si donc il existe des agnats, par exemple une sœur consanguine, le concours ne s'établissant pas directement entre la mère et le père (puisque ce dernier n'a aucun droit), la mère arrivera, elle partagera avec la sœur consanguine; ou, s'il n'existe que des agnats plus éloignés, elle les exclura. Mais s'il n'y a aucun agnat, l'ordre des cognats arrive, le père s'y trouve, le concours s'établit entre lui et la mère : celle-ci est exclue (1).

4° L'aïeul est exclu par la mère toutes les fois qu'il concourt directement et seul avec elle; mais supposons qu'il s'agisse de la succession d'un petit-fils émancipé par son aïeul, et laissant, outre cet aïeul, son père et sa mère. L'aïeul, en qualité d'émancipateur, a la préférence sur le père : sera-t-il exclu par la mère? Non, car celle-ci n'exclurait l'aïeul que pour se trouver en présence du père, qui alors l'exclurait elle-même à son tour, et qui, se retrouvant ainsi en présence de l'aïeul émancipateur, en serait en définitive exclu. Ce serait un circuit inutile. Il vaut donc mieux conserver à l'aïeul son droit; ainsi la mère ne l'exclura pas, parce que le débat héréditaire ne s'agite pas directement entre eux seuls (2).

1059. Une dernière remarque, c'est que, dans ce genre de succession nouvelle, la dévolution avait toujours été admise : si les personnes préférées à la mère et lui faisant obstacle refusaient l'hérédité, la mère arrivait; et, réciproquement, si la mère refusait, la succession légitime reprenait son cours, et les agnats, qui auraient été exclus par elle si elle avait accepté, succédaient à leur rang (3).

1060. Du reste, cet ordre héréditaire que nous venons d'exposer se réfère au droit primitif du sénatus-consulte; mais il a été bien modifié par les empereurs, et enfin par Justinien, ainsi que nous allons l'expliquer dans les paragraphes suivants :

IV. Sed nos constitutione, *quam in Codice nostro nomine decorato posuimus*, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit immerito defraudabatur

4. Mais nous, dans une constitution *insérée en notre Code*, considérant les liens de la nature, l'enfantement et ses périls, et la mort que souvent il occasionne, nous avons pensé qu'il fallait subvenir à la mère, et qu'il était impie de tourner contre elle un cas purement fortuit. En effet, une ingénue, faute d'avoir eu trois enfantements, ou une affranchie quatre, était injustement pri-

(1) Dig. 38. 17. 2. §§ 17 et 18. f. Ulp. — (2) Dig. 38. 17. 5. § 2. f. Paul. — (3) Dig. *Ib*. 2. §§ 9. 14. 20 et 22. f. Ulp.

successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt: ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

vée de l'hérédité de ses enfants. Où donc est sa faute, si elle a eu, non pas beaucoup, mais peu d'enfants? En conséquence, nous avons donné aux mères un droit plein et légitime, qu'elles soient ingénues ou affranchies, qu'elles aient eu trois, quatre enfants, ou seulement celui que la mort vient de leur ravir; et c'est ainsi qu'elles seront appelées à la succession légitime de leurs enfants.

1061. *Constitutione quam in Codice posuimus*. C'est la constitution 2 du titre 59, liv. 8, au Code de Justinien. Toutefois, la constitution qui la précède, extraite du Code Théodosien, rendue par Honorius et Théodose, et conçue en ces termes : « Nemo post hæc a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege detulimus » (1), pourrait faire penser que, même avant Justinien, le *jus liberorum*, qu'on pouvait obtenir par rescrit impérial sans être dans les conditions voulues, avait été généralisé et concédé par ces empereurs à toutes les mères, quel que fût le nombre de leurs enfants. Mais il y aurait là une confusion dans laquelle il importe de ne pas tomber, ainsi que nous allons l'expliquer au paragraphe suivant.

V. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant; sed *in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant* : nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere : excepta fratris et sororis persona; *sive consanguinei sint sive sola cognationis jura habentes;* ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus : ita tamen ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

5. Mais comme précédemment les constitutions relatives aux droits de succession légitime, venant d'un côté au secours de la mère, et de l'autre à son détriment, ne l'appelaient pas pour la totalité, mais, *dans certains cas, lui retiraient un tiers pour le donner à certains agnats, et, dans d'autres cas, faisaient tout le contraire*, nous avons voulu que la mère fût purement et simplement préférée à tous les héritiers légitimes, et reçût, sans diminution aucune, la succession de ses enfants, à l'exception des frères et sœurs, *soit consanguins, soit simplement cognats*. Ainsi, de même que nous l'appelons avant tout l'ordre des héritiers légitimes, de même nous appelons avec elle tous les frères et sœurs, agnats ou non, pour recueillir ensemble l'hérédité, toutefois dans la proportion suivante. S'il ne reste, avec la mère du défunt ou de la défunte, que des sœurs agnates ou cognates, la mère aura la moitié, et les sœurs l'autre moitié entre elles toutes. Mais si, avec la mère, survit un frère ou des frères seuls, ou avec eux des sœurs agnates ou simplement cognates, l'hérédité *ab intestat* se partagera par têtes.

(1) C. Th., 8, 17, *De jure liberorum*, 3, Honor. et Theod., an 410; — et C. Just., 8, 59, *De jur. liber.*, 1, avec cette variante : « Quod simul hac lege omnibus concedimus. »

1062. *In quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant.* Nous trouvons ces constitutions dans le Code Théodosien : elles sont, l'une de Constantin, l'autre des empereurs Valentinien et Valens. Elles commencent réellement à détruire le privilége du *jus liberorum*, et à le rendre général à toutes les mères, du moins pour une partie de la succession. Ainsi, d'après ces constitutions, lorsqu'une mère ayant le *jus liberorum* se trouve en concours avec un oncle paternel de son enfant défunt, ou bien avec des fils ou petits-fils de cet oncle, au lieu de les exclure totalement, comme elle l'aurait fait d'après le sénatus-consulte, elle prendra les deux tiers, et le tiers qu'on lui retranche sera dévolu à ses agnats (*tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis*). Si c'est, au contraire, une mère n'ayant pas le *jus liberorum*, au lieu d'être exclue en totalité par eux, comme elle l'aurait été d'après le sénatus-consulte, elle prendra un *tiers*, et ces agnats ne conserveront que les deux tiers (1). Il en était de même pour les frères consanguins émancipés et par conséquent placés par le sénatus-consulte après la mère : celle-ci, en concours avec eux, leur abandonnait, ou bien, au contraire, leur enlevait un tiers de la succession, selon qu'elle avait ou qu'elle n'avait pas le *jus liberorum* (2).

Nous avons signalé (tom. Ier, *Hist.*, nos 484 et 485) les trois sortes variées de *jus liberorum* qui existaient encore sous Constantin : — 1° Pour la capacité entre époux de recueillir l'un de l'autre, condition supprimée par la Constitution d'Honorius et de Théodose rapportée au paragraphe précédent; — 2° Pour les dispenses de tutelle et de curatelle, ce qui subsiste sous Justinien (tom. II, n° 280); — 3° Enfin pour le droit des mères dans la succession de leurs enfants : c'est le seul dont il s'agisse ici. Il est indubitable, soit d'après notre texte, soit d'après la paraphrase de Théophile, que Justinien est le premier qui abroge les dispositions relatives au retranchement ou à la concession d'un tiers, et qui, par conséquent, supprime toute différence entre les mères ayant le nombre voulu d'enfants et celles qui ne l'avaient pas.

*Sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes.* On n'aura plus égard qu'au lien fraternel provenant du sang, et la mère ne sera pas totalement exclue par les frères et sœurs : s'il y a des frères seuls, ou des frères avec des sœurs, elle concourra avec eux pour une part; s'il n'y a que des sœurs, elle prendra la moitié de l'hérédité à elle seule.

**VI.** Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere; scituris eis quod, *si tutores liberis non petierint*, vel in

**6.** Mais si nous avons pourvu aux intérêts des mères, il faut qu'elles pourvoient à ceux de leurs enfants. Qu'elles sachent donc que si elles négligent de

(1) Cod. Théod. 5. 1. 1. — (2) Cod. Théod. 5. 1. 2.

tocum remoti vel excusati *intra annum* petere neglexerint, ab eorum *impuberum morientium* successione merito repellentur.

demander *dans l'année* soit *la nomination d'un tuteur à leurs enfants*, soit son remplacement en cas d'exclusion ou d'excuse, elles seront, à bon droit, repoussées de la succession de ces enfants *morts impubères*.

1063. *Si tutores liberis non petierint*. Cette négligence ne serait pas un motif d'exclusion contre une mère âgée de moins de vingt-cinq ans, mais seulement contre celles majeures de cet âge.

*Intra annum*. L'obligation imposée à la mère était de provoquer, au besoin, la nomination du tuteur immédiatement (*confestim*), à moins d'empêchement par maladie ou par autre cause grave; de manière toutefois que le terme d'un an ne devait jamais être dépassé : « *ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet* (1). »

Les jurisconsultes discutaient minutieusement les diverses espèces dans lesquelles il y aurait ou il n'y aurait pas déchéance, selon les circonstances.

*Impuberum morientium*. Si l'enfant auquel la mère a négligé de nommer un tuteur est arrivé à la puberté et est mort pubère, aucune déchéance ne peut plus être opposée à la mère. La puberté du fils et la possibilité qu'il a eue, mais dont il n'a pas voulu user, de changer par testament l'ordre légitime de sa succession, suffisent pour relever la mère.

VII. Licet autem vulgo quæsitus sit filius vel filia, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatus-consulto admitti.

7. Peu importe que le fils ou la fille soit né de père incertain : la mère n'en est pas moins admissible à leurs biens en vertu du sénatus-consulte Tertullien.

1064. Ce n'est pas le *lien civil* qui produit les droits de la mère sur la succession de ses enfants, d'après le sénatus-consulte Tertullien, puisqu'il n'existe entre elle et eux aucun lien civil. C'est uniquement le lien naturel : or, à l'égard de la mère, les Romains reconnaissaient ce lien aussi bien par rapport aux enfants vulgairement conçus que par rapport aux légitimes.

## TITULUS IV.

### DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur senatus-consulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est *divi Marci temporibus*; et data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et *præferuntur consanguineis* et agnatis defunctæ matris.

## TITRE IV.

### DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

Réciproquement, l'admission des enfants aux biens de leur mère intestat a été établie par le sénatus-consulte Orphitien, sous le consulat d'Orphitus et de Rufus, *au temps du divin Marc-Aurèle*. L'hérédité légitime est ainsi déférée tant au fils qu'à la fille, même soumis au pouvoir d'autrui, *par préférence aux consanguins* et aux agnats de la mère décédée.

1065. *Divi Marci temporibus*. Le sénatus-consulte Orphitien

(1) Dig. 38. 17. 2. § 43. f. Ulp.

date de l'an de Rome 931 (de J.-C. 178), sous le règne des empereurs Marc-Aurèle (qu'Ulpien désigne, à ce sujet, par son nom d'adoption, Antonin) et Commode (1).

*Præferuntur consanguineis et agnatis.* Ainsi, les enfants venaient les premiers à la succession de leur mère, avant l'ordre des agnats. Ils ne formaient pas un ordre d'héritiers siens, puisque la mère ne pouvait pas en avoir; mais ils en tenaient la place, étant appelés avant tous autres.

Ils précédaient même le père de leur mère défunte, puisque les droits de succession accordés au père, tels que nous les avons exposés ci-dessus (nº 1030), ne l'étaient qu'à défaut d'enfants.

Enfin ils précédaient également la mère de leur mère défunte, qui aurait invoqué le sénatus-consulte Tertullien pour venir à la succession de sa fille. Cette préséance n'était pas établie par les deux sénatus-consultes, qui avaient gardé le silence sur ce point, mais par des constitutions impériales, notamment par celle des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, dont nous avons donné le texte ci-dessus (nº 1013, note 1).

I. Sed cum ex hoc senatus-consulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc *constitutionibus principalibus* emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.

1. Mais comme ce sénatus-consulte n'appelait pas les petits-enfants à la succession légitime de leur aïeule, plus tard *des constitutions impériales*, corrigeant ce point, appelèrent, à l'exemple des fils et des filles, les petits-fils et les petites-filles.

1066. *Constitutionibus principalibus*. La première constitution par laquelle nous trouvons le droit de succession du sénatus-consulte Orphitien étendu même sur l'hérédité de l'aïeule est des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius : elle se trouve à la fois et dans le Code Théodosien et dans celui de Justinien (2).

II. Sciendum est autem hujusmodi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano senatus-consultis deferuntur, *capitis deminutione non perimi*, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

2. On doit savoir que ces successions, déférées par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, *ne se perdent pas par la diminution de tête*, d'après cette règle, que la diminution de tête n'enlève pas les hérédités légitimes nouvellement introduites, mais seulement celles des Douze Tables.

1067. *Capitis deminutione non perimi.* Bien entendu par la petite diminution de tête; car par la grande et par la moyenne il en serait autrement. En effet, le droit de succéder en général et dans quelque ordre que ce soit (civil, prétorien, sénatus-consulaire ou impérial, peu importe) est toujours un droit de citoyen : on ne l'a plus si on a perdu les droits de cité, comme il arrive

(1) « Sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata, id actum est..., etc. » (Ulp. Reg. 26. § 7.) Marc-Aurèle, fils adoptif d'Antonin, est ici désigné par son nom d'adoption. — (2) Cod. Théod. 5. 1. 4. — Cod. Justin. 6. 55. 9.

par la grande et par la moyenne diminution. Quant au droit de succéder dans l'un des ordres établis par la loi des Douze Tables, c'est un droit de famille : on le perd par la petite diminution de tête, puisqu'on sort ainsi de la famille. Au contraire, les successions nouvelles créées par les sénatus-consultes ou par les empereurs, de même que les droits de possession accordés par le préteur étant uniquement établis à cause des liens du sang et non pas de ceux de famille, n'éprouvent aucune altération par la petite diminution.

**III.** Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus-consulto admitti.

**3.** On doit savoir enfin que, même les enfants nés de père incertain sont admis par ce sénatus-consulte à l'hérédité maternelle.

1068. La mère n'avait jamais ce qu'on appelait, en droit romain, des enfants *légitimes*, c'est-à-dire des enfants qu'elle eût en sa puissance, et qui fussent, sous elle, membres de sa famille. Ce lien légitime n'existait qu'entre le père et les enfants en sa puissance : la légitimation, en droit romain, ne concernait jamais que le père, et non la mère. En effet, relativement à celle-ci et à ses enfants, comme on ne considérait entre eux aucun lien de famille, mais seulement les liens du sang, on n'avait mis aucune différence entre ceux issus de justes noces, nés d'un concubinat, ou même vulgairement conçus, puisque leur filiation à l'égard de la mère était également certaine, leur sortie du sein maternel aussi indubitable pour les uns que pour les autres; en conséquence, dans les droits de succession ou de possession des biens accordés soit à la mère sur ses enfants, soit aux enfants sur leur mère, par les préteurs, par les sénatus-consultes, ou par les empereurs, on n'avait tenu aucun compte de la différence de naissance.

Néanmoins, Justinien, par une constitution nouvelle, tout en maintenant aux enfants nés d'un concubinat l'intégrité de leurs droits dans l'hérédité maternelle, range les enfants vulgairement conçus (*spurii*) dans une classe spéciale, moins favorisée. Il veut, mais seulement dans le cas où leur mère serait une femme *illustre*, et où elle aurait d'autres enfants issus de justes noces, qu'ils ne puissent rien avoir d'elle, soit par donation, soit par testament ou par succession *ab intestat* (1).

**IV.** Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint, adcrescit illorum portio; et *licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

**4.** Si, entre plusieurs héritiers légitimes, quelques-uns ont répudié l'hérédité, ou n'en ont pu faire adition, empêchés soit par la mort, soit par toute autre cause, leur part accroît à ceux qui ont fait adition; et ceux-ci *fussent-ils déjà morts, l'accroissement n'en aurait pas moins lieu au profit de leurs héritiers.*

(1) Cod. 6. 57. 5. const. Justinian.

1069. Il ne s'agit plus, dans ce paragraphe, de la succession du sénatus-consulte Orphitien; il s'agit du droit d'accroissement pour tous les héritiers légitimes. Comme ce droit est commun aux héritiers testamentaires, à tous les héritiers *ab intestat*, et même aux possesseurs des biens, nous en traiterons plus tard sous une rubrique spéciale, quand nous aurons exposé tous les genres d'hérédité.

*Licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.* C'est l'application du principe que nous avons déjà énoncé (t. II, n° 743), en comparant le droit de substitution au droit d'accroissement : savoir, que le droit d'accroissement est forcé; qu'il a lieu de plein droit comme suite inévitable de la première adition, et qu'il se règle, en conséquence, soit pour les conditions de capacité, soit pour l'acquisition, sur l'époque de cette adition. Nous en voyons ici un exemple : Une fois que l'un des héritiers a fait adition, il a droit aux accroissements qui pourraient survenir plus tard si les autres cohéritiers ou quelques-uns venaient à refuser ou à ne pas pouvoir recueillir leur part. Et quand bien même ces accroissements ne surviendraient qu'après sa mort, ils ne s'en opéreraient pas moins à son profit, ou du moins au profit de ceux qui auraient recueilli ses biens et succédé à ses droits; car c'est à la part héréditaire acceptée, dans quelques mains qu'elle se trouve, ou, pour mieux dire, à la personne juridique de l'héritier acceptant, sur quelque tête qu'elle ait passé, et non à sa personne physique individuelle, que l'accroissement a lieu.

| TITULUS V. | TITRE V. |
|---|---|
| DE SUCCESSIONE COGNATORUM. | DE LA SUCCESSION DES COGNATS. |

1070. La loi des Douze Tables ne reconnaissait d'autre ordre de succession que ceux : 1° des *héritiers siens*; 2° des *agnats*, et, à leur défaut, des *gentils*, s'il y avait lieu. Si aucun de ces ordres n'existait, la succession était en déshérence, quels que fussent les parents naturels qui existassent, car la succession était rigoureusement renfermée dans la *famille* et dans la *gens*. Nous venons de voir quels adoucissements furent apportés à cette rigueur; quels parents furent transportés par les préteurs ou par les empereurs avec les héritiers siens ou avec les agnats, quoiqu'ils n'appartinssent pas à ces ordres; quelles nouvelles successions furent créées par les sénatus-consultes.

Mais, à défaut, le préteur, au lieu de laisser tomber la succession en déshérence et de l'abandonner au trésor public, avait appelé un troisième ordre de sa création, celui des cognats, c'est-à-dire des parents unis par les liens naturels du sang, sinon par ceux de la famille civile. Toutefois le préteur ne leur avait pas donné un droit d'hérédité; car le préteur ne peut pas faire d'hé-

ritiers (*nam prætor heredes facere non potest*) (1). Cette puissance est réservée à la loi seulement ou à toute autre constitution législative, telle que les sénatus-consultes ou les constitutions impériales : « *Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus-consultum et constitutionem principalem* (2). » Le préteur n'avait accordé qu'une possession des biens, une sorte de succession prétorienne au moyen de laquelle il arrivait à un résultat semblable : « *Sed, cum eis quidem prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur* (3). » Ainsi, l'ordre des cognats n'est pas, comme les précédents, un ordre d'héritiers, c'est seulement un ordre de possesseurs des biens.

Post suos heredes eosque quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos, quorum numero sunt agnati, et ii quos in locum agnatorum tam supra dicta senatus-consulta quam nostra erexit constitutio, proximos cognatos prætor vocat.

Après les héritiers siens ou appelés au nombre des siens par le préteur et par les constitutions, et après les héritiers légitimes (savoir : les agnats et ceux appelés au rang d'agnats tant par les sénatus-consultes ci-dessus que par notre constitution), le préteur appelle les plus proches cognats.

I. Qua parte, naturalis cognatio spectatur; nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege Duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur. *Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis*, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.

1. Dans cet ordre, c'est la cognation naturelle que l'on considère; ainsi, les agnats diminués de tête et tous leurs descendants ne sont plus au nombre des héritiers légitimes d'après les Douze Tables, mais ils sont appelés par le préteur dans le troisième ordre. *Sauf seulement le frère et la sœur émancipés*, mais non leurs enfants; parce qu'appelés par la loi d'Anastase en concurrence avec les frères restés dans l'intégrité de leurs droits, à la succession légitime de leur frère ou sœur, non par égales portions, mais avec une diminution suffisamment indiquée par le texte de cette constitution, ils passent, quoique diminués de tête, avant les autres agnats d'un degré inférieur, et, à plus forte raison, avant les cognats.

1071. *Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis*. Nous avons exposé ci-dessus, n° 1023, les droits de succession qui leur ont été accordés par Anastase au rang des agnats. Par conséquent, s'il existe de tels frères, ils viennent comme agnats, il n'y a pas lieu à l'ordre prétorien des cognats.

II. Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transversa cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

2. Ceux-là mêmes qui ne sont unis que par les femmes en ligne collatérale sont appelés par le préteur dans le troisième ordre de succession, à leur rang de proximité.

(1) Gai. 3. 32. — (2) *Ib.* — (3) *Ib.*

III. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

3. Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive sont également appelés dans cet ordre à la succession de leurs parents naturels.

1072. D'après les changements apportés par Justinien sur les effets de l'adoption (voy. ci-dessus, n° 1014), cette disposition de l'édit n'a plus d'effet pour les enfants donnés en adoption par leur père à un étranger, puisque, dans ce cas, les droits de famille ne sont jamais perdus. Mais la disposition s'applique encore aux émancipés qui se seraient donnés en adrogation, car Justinien n'a pas détruit les effets de l'adrogation.

IV. *Vulgo quæsitos* nullum habere agnatum manifestum est; cum agnatio a patre, cognatio a matre sit : hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum igitur cognati sunt sibi, sicut ex matre cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

4. Les enfants *nés de père incertain* n'ont évidemment aucun agnat; car c'est du père que vient l'agnation, et de la mère la cognation seulement; or, ils sont censés ne point avoir de père. Par la même raison, ils ne sont pas même consanguins entre eux, puisque le droit de consanguinité est une espèce d'agnation. Ils sont donc entre eux simples cognats, cognats par leur mère. La possession des biens qui appelle les cognats par rang de proximité leur est donc applicable à tous.

1073. *Vulgo quæsitos*. Leur filiation étant certaine par rapport à la mère, et par conséquent aussi par rapport à tous les parents maternels, ils sont appelés non-seulement à la succession maternelle par le sénatus-consulte Orphitien, mais encore à la succession les uns des autres, comme nous le dit ici le texte (1) (*sibi*), et même à celle des parents maternels (2), selon la proximité de leur degré (*proximitatis nomine*), dans l'ordre des cognats.

Les enfants nés d'un concubinat et ayant un père certain étaient unis indubitablement par les liens naturels du sang non-seulement à la mère et aux parents maternels, mais encore au père et aux parents paternels (ci-dess., tom. II, n° 122) : à l'égard de ceux-ci ni le sénatus-consulte Orphitien, qui n'a trait qu'à la succession maternelle, ni notre paragraphe, qui ne parle que des *vulgo quæsiti*, ne les concernent; nous aurons à voir s'ils avaient la possession des biens *unde cognati* (ci-après n° 1112).

V. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, *etsi decimo gradu sit*, sive de lege Duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis

5. Ici, il faut nécessairement avertir que, par droit d'agnation, soit qu'il s'agisse de la loi des Douze Tables, soit de l'édit prétorien relatif à la possession des biens en faveur des héritiers légitimes, on est admis à l'hérédité, *fût-on au dixième degré*. Mais, dans l'ordre de proximité, le préteur ne promet la pos-

(1) Dig. 38. 8. 2. f. Gai. et 4. f. Ulp. — (2) Dig. 38. 8. 8. f. Modest. En effet, il s'agit dans ce fragment d'enfants vulgairement conçus, qui succèdent comme cognats à leur aïeule maternelle.

solis prætor promittit bonorum possessionem qui *usque ad sextum gradum* cognationis sunt: *et ex septimo, a sobrino sobrinaque nato natæve.*

session des biens que *jusqu'au sixième degré* de cognation, et *dans le septième, aux enfants d'un petit-cousin ou d'une petite-cousine.*

1074. *Etsi decimo gradu sit.* Expression qui n'est qu'énonciative et non pas limitative ; car les agnats, selon ce que nous avons déjà vu précédemment (nos 1019 et 1021), sont appelés jusqu'à l'infini (1).

*Usque ad sextum gradum.* Le sixième degré est la limite générale pour les cognats. Il n'y a d'autre exception que celle qui suit :

*Et ex septimo, a sobrino sobrinaque nati natæve.* Les premiers cousins, c'est-à-dire enfants de frères ou sœurs, que nous appelons en français *cousins germains*, se nommaient généralement en latin *consobrini ;* ils étaient entre eux au quatrième degré, comme on peut le voir au § 4 du titre suivant. Leurs enfants, c'est-à-dire les seconds cousins, que nous nommons *petits-cousins* ou *cousins issus de germains*, s'appelaient en latin *sobrini :* ils étaient entre eux au sixième degré, comme on peut le voir au § 6 du titre suivant. Supposons que l'un d'eux eût des enfants, ces enfants étaient, par rapport à l'autre, des enfants de petit-cousin (*a sobrino sobrinave nati*) ; ils étaient éloignés de lui à un degré de plus que leur père, c'est-à-dire au *septième degré :* néanmoins ils étaient encore appelés à sa succession comme cognats; par contre, s'ils étaient appelés à la tutelle, ils ne pouvaient s'en décharger par la *nominatio potioris* (2). Mais ils étaient les seuls qui jouissent de ce privilége; tous les autres cognats au septième degré, et il y en avait un grand nombre, étaient exclus.

## TITULUS VI.

### DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare imprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior, liberorum; ex transverso, fratrum sororumve, eorumque qui quæve ex his progenerantur; et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit, at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

## TITRE VI.

### DES DEGRÉS DE COGNATION.

Ici, il est nécessaire d'exposer comment se comptent les degrés de cognation. A ce sujet, disons d'abord que la cognation se compte l'une en remontant, l'autre en descendant, et une autre transversalement, ou, comme on le dit encore, latéralement. La cognation ascendante est celle des ascendants; descendante, celle des descendants; collatérale, celle des frères ou sœurs et de leur postérité, et, par conséquent aussi, des oncles ou tantes paternels ou maternels. Les cognations ascendante et descendante commencent par le premier degré; mais la collatérale, par le second.

1075. Cette distinction fondamentale, entre les trois lignes ascendante, descendante et collatérale, est facile à saisir.

(1) Voir également ci-dessous, t. 6. § 12. — (2) Fragm. Vatic., § 216.

Quant à la supputation des degrés, il nous suffira de dire qu'elle a lieu en droit romain comme en droit français. En ligne directe, soit ascendante, soit descendante, on compte autant de degrés que de générations. En ligne collatérale, la règle est la même ; seulement il faut observer que, comme ici on a deux lignes placées latéralement l'une à l'autre, les générations se comptent sur chaque ligne, et le total indique le nombre de degrés. Dans aucun de ces cas, c'est-à-dire soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, la souche ne doit compter : elle sert de point de départ, c'est d'elle que partent les générations à supputer jusqu'aux parents qu'il s'agit de comparer, inclusivement.

Enfin, quant à la dénomination des divers degrés de cognation, la langue des Romains était bien plus riche que la nôtre : ils avaient, dans bien des cas, pour indiquer la nature de la cognation, soit par rapport au degré, soit par rapport à l'origine paternelle ou maternelle, des expressions qui nous manquent. Cette pauvreté de notre langue nous gênera dans la traductinn des paragraphes suivants, qui contiennent, pour les divers degrés jusqu'au sixième, l'application des principes que nous venons de poser.

**I.** Primo gradu est : supra, pater, mater; infra, filius, filia.

**1.** Au premier degré sont : en ligne ascendante, le père, la mère; descendante, le fils, la fille.

**II.** Secundo : supra, avus, avia; infra, nepos, neptis; ex transverso, frater, soror.

**2.** Au second : en ligne ascendante, l'aïeul, l'aïeule; descendante, le petit-fils, la petite-fille; collatérale, le frère, la sœur.

**III.** Tertio : supra, proavus, proavia; infra, pronepos, proneptis; ex transverso, fratris sororisque filius, filia; et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui πατρῷος vocatur. Avunculus est frater matris, qui apud Græcos proprie μητρῷος et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero, matris soror : utraque θεία, vel, apud quosdam, τηθίς, appellatur.

**3.** Au troisième : en ligne ascendante, le bisaïeul, la bisaïeule; descendante, l'arrière-petit-fils et petite-fille; collatérale, le fils, la fille du frère ou de la sœur; conséquemment, les *patruus*, *amita*, *avunculus*, *matertera*. Le *patruus* est le frère du père, nommé en grec πατρῷος. L'*avunculus*, le frère de la mère, nommé spécialement en grec μητρῷος, et tous deux, généralement, θεῖος. L'*amita* est la sœur du père; la *matertera*, la sœur de la mère : nommées, l'une et l'autre, θεία, ou, dans certains dialectes, τηθίς.

**IV.** Quarto gradu : supra, abavus, abavia; infra, abnepos, abneptis; ex transverso, fratris sororisque nepos, neptis; et convenienter patruus magnus, amita magna, id est, aviæ frater et soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed quidem recte consobrinos eos proprie dici putant qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos vero qui ex duobus fra-

**4.** Au quatrième : en ligne ascendante, le trisaïeul, la trisaïeule; descendante, le fils, la fille des arrière-petits-enfants; collatérale, le petit-fils, la petite-fille du frère ou de la sœur, et conséquemment, le grand-oncle, la grand'tante paternels, c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeul; et maternels, c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeule; le cousin, la cousine, c'est-à-dire ceux ou celles qui sont nés de

tribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari; si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici : amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

frères ou sœurs. Mais, à rigoureusement parler, suivant les jurisconsultes, la dénomination de *consobrini* s'applique spécialement à ceux qui sont nés de deux sœurs, en quelque sorte *consœurins;* quant à ceux qui sont nés de deux frères, on les appelle frères *patrueles;* ou, si ce sont des filles, sœurs *patrueles;* enfin ceux qui sont nés de frère et de sœur, se nomment *amitini :* les enfants de votre *amita* vous appellent cousin, et vous les appelez *amitini*.

**V.** Quinto : supra, atavus, atavia; infra, adnepos, adneptis; ex transverso, fratris sororisque pronepos, proneptis; et convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater et soror. Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ filius, filia *propior sobrino, propius sobrina :* hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

**5.** Au cinquième : en ligne ascendante, le quadrisaïeul, la quadrisaïeule; descendante, le petit-fils, la petite-fille des arrière-petits-enfants; collatérale, les arrière-petit-fils et petite-fille du frère et de la sœur; et, conséquemment, les arrière-grand-oncle et grand'tante paternels, c'est-à-dire les frère et sœur du bisaïeul; et maternels, c'est-à-dire les frère et sœur de la bisaïeule. De même le fils, la fille des cousins ou cousines issus de frères ou de sœurs ou de frère et sœur; celui ou celle *qui précède d'un degré le petit-cousin ou la petite-cousine*, savoir : le fils, la fille du grand-oncle ou de la grand'tante paternels ou maternels.

1076. *Propior sobrino, propius sobrina*, c'est-à-dire plus près d'un degré que le *sobrinus* (*petit-cousin*, autrement dit *cousin issu de germain*); c'est le cousin germain ou la cousine germaine de mon père ou de ma mère ; ils me sont au cinquième degré; leur fils ou leur fille, mes petits-cousins (*sobrini*), me seraient au sixième, un degré de plus.

**VI.** Sexto gradu : supra, tritavus, tritavia; infra, trinepos, trineptis; ex transverso, fratris sororisque abnepos, abneptis; et convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater et soror; abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater et soror. Item sobrini sobrinæque, id est, qui quæve ex fratribus vel consobrinis vel amitinis progenerantur.

**6.** Au sixième degré : en ligne ascendante, le quintisaïeul, la quintisaïeule; descendante, les arrière-petits-fils et petite-fille des arrière-petits-enfants; collatérale, les petits-fils et petites-filles des petits-enfants du frère et de la sœur, et, conséquemment, les *abpatruus, abamita*, c'est-à-dire les frère et sœur du trisaïeul, et les *abavunculus, abmatertera*, c'est-à-dire les frère et sœur de la trisaïeule. De même les petits-cousins et petites-cousines, ceux qui sont nés de cousins ou cousines issus de frères ou de sœurs ou de frère et sœur.

1077. C'est à ce sixième degré que s'arrête la nomenclature propre aux divers rangs de cognation. Au delà, il n'y a plus de dénomination particulière : on indique la parenté en indiquant la

filiation des personnes; on dit, par exemple : les enfants d'un *sobrinus* (*a sobrino sobrinave nati natæve.*)

**VII.** Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus; quippe semper generata persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

**7.** Il suffira d'avoir poussé jusqu'ici cette énumération des degrés de la cognation; on voit par là comment doivent se compter les degrés inférieurs; chaque génération ajoute toujours un degré : de sorte qu'il est beaucoup plus facile d'indiquer à quel degré se trouve une personne, que de la désigner par le nom propre à son rang de cognation.

**VIII.** Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

**8.** Les degrés de l'agnation se comptent de la même manière.

**IX.** Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus, post narrationem graduum etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

**9.** Mais comme la vérité se grave bien mieux dans l'esprit humain par le témoignage des yeux que par les oreilles, nous avons cru nécessaire, après l'énumération des degrés, d'en tracer ici le tableau, afin que les jeunes gens puissent en saisir parfaitement la doctrine et par les oreilles et par les yeux.

1078. Ici, d'après ce paragraphe, devait être inséré un tableau des degrés de cognation. En conséquence, on laissait à cet effet, dans les manuscrits, l'espace nécessaire en blanc. D'où l'on a été induit à considérer cet espace comme formant la séparation d'un nouveau titre qu'on a fait commencer au paragraphe suivant, en lui donnant cette rubrique : *De servili cognatione*. Mais c'est à tort; le même titre continue toujours jusqu'aux §§ 11 et 12 inclusivement, qui sont les derniers du titre et contiennent la récapitulation de ce qui précède.

**X.** Illud certum est ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine *bonorum possessio* promittitur, *non pertinere*, nam *nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur*. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat) et hoc humanitate suggerente concessimus ut, si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscunque sexus; et ad libertatem his pervenientibus, et ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint; vel, dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint et postea ad libertatem pervenerint : ut hi omnes ad successionem patris vel

**10.** Il est certain que la partie de l'édit promettant *la possession des biens* à titre de proximité *ne s'applique point* aux cognations serviles, car cette cognation *n'était comptée par aucune loi ancienne*. Mais dans notre constitution sur le droit de patronage, droit jusqu'à nous si obscur, si plein de nuages et de confusion, nous avons encore, par une inspiration d'humanité, concédé que si un homme esclave a eu un ou plusieurs enfants d'une femme soit libre, soit esclave, ou si, à l'inverse, une femme esclave a eu des enfants de l'un ou de l'autre sexe, d'un père soit libre, soit esclave, et que la liberté ait été donnée aux père, mère et aux enfants, s'il s'agit d'enfants nés d'une mère esclave; ou seulement au père, s'il s'agit d'enfants nés d'une femme libre, tous ces enfants seront admis à la succession de leur père ou de leur mère, le droit de patro-

nati veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus : ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre vel ex eadem matre, sive ex aliis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

nage restant ici assoupi. Car nous avons appelé ces enfants non-seulement à la succession de leurs père et mère, mais encore à la succession les uns des autres; et cela, soit que les enfants nés en servitude et ensuite affranchis se trouvent seuls, soit qu'avec eux il y ait des enfants conçus depuis l'affranchissement des père et mère; soit qu'ils aient tous le même père, la même mère ou qu'ils en aient un autre; conformément à ce qui aurait lieu pour les enfants nés de justes noces.

1079. *Bonorum possessio non pertinere... Nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur*. La parenté servile, c'est-à-dire résultant des relations des esclaves entre eux, n'était reconnue et considérée en aucune manière, quant aux hérédités, ni par une loi quelconque, ni même par le préteur dans ses possessions des biens. Et cela, non-seulement pendant l'esclavage, car, dans cet état, il ne pouvait y avoir question; mais pas même après l'affranchissement, entre les personnes affranchies. Cette parenté n'était qu'un fait entièrement en dehors de la loi; « nous ne nous abstenons pas d'y appliquer les noms de la cognation, dit Paul (*non parcimus nominibus cognatorum etiam in servis*); ainsi nous disons les père et mère, les fils, les frères, même en parlant des esclaves, mais cette parenté servile est en dehors des lois (*sed ad leges serviles cognationes non pertinent*) (1). » Les modifications que Justinien apporte à cette règle seront expliquées dans le titre suivant, en traitant de la succession des affranchis.

**XI.** Repetitis itaque omnibus quæ jam tradidimus, apparet non semper eos qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari; eoque amplius nec eum quidem qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, et eorum quos inter suos heredes enumeravimus, apparet pronepotem vel adnepotem defuncti potiorem esse quam fratrem aut patrem matremque defuncti : cum alioquin pater quidem et mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum; pronepos autem tertio gradu sit cognationis et adnepos quarto. Nec interest in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipato, aut feminino sexu propagatus est.

**11.** Récapitulant tout ce que nous avons déjà dit, on voit que ceux qui sont au même degré de cognation ne sont pas toujours également appelés; et même que le plus proche en degré de cognation n'est pas toujours le préféré. En effet, le premier ordre étant pour les héritiers siens et pour les personnes appelées au nombre des siens, il est évident qu'un arrière-petit-fils ou son fils passent avant le frère ou le père et la mère du défunt, quoique le père et la mère, selon ce que nous avons dit ci-dessus, soient au premier degré de cognation, le frère au second, et l'arrière-petit-fils ou son fils au troisième ou au quatrième seulement. Peu importe, du reste, que ces enfants fussent en la puissance du mourant, ou qu'étant soit émancipés, soit nés d'un émancipé ou d'une fille, ils n'y fussent pas.

(1) Dig. 38. 10. 10. § 5.

XIII. Amotis quoque suis heredibus, et quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat secundum ea quæ tradidimus : exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.

13. A défaut d'héritiers siens et de ceux appelés au nombre des siens, l'agnat resté dans l'intégrité de son droit d'agnation, fût-il au degré le plus éloigné, l'emporte généralement sur le plus proche cognat. Ainsi, le petit-fils ou l'arrière-petit-fils de l'oncle paternel est préféré à l'oncle et à la tante maternels. Lors donc qu'on dit que le plus proche en degré de cognation est préféré, ou que les cognats au même degré viennent en concurrence, c'est, bien entendu, s'il n'existe ni héritier sien, ni personne appelé au rang d'héritier sien, ni agnat ayant un droit de préférence, suivant ce que nous avons exposé. Sauf le frère et la sœur émancipés, qui sont appelés à la succession de leur frère ou de leur sœur, et malgré leur diminution de tête, préférés aux agnats d'un degré inférieur.

1080. La récapitulation contenue dans ce paragraphe et dans le précédent, ainsi que la déduction des conséquences qui y sont exposées, se comprend suffisamment; et d'ailleurs le résumé que nous ferons nous-même de tous ces ordres de succession nous dispense d'insister davantage ici sur ce point.

## TITULUS VII.
### DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

## TITRE VII.
### DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS.

1081. Cette succession peut être soit *ab intestat*, soit *testamentaire* : il faut l'examiner sous ces deux rapports.

Et d'abord, remarquons la situation particulière des affranchis : passés de l'esclavage à la liberté, ils y arrivent seuls, ne tenant par des liens de parenté à aucune personne, soit en remontant, soit latéralement, puisque les liens de parenté servile n'étaient considérés pour rien, même après l'affranchissement (du moins jusqu'à Justinien). Dans cette position, ils n'ont donc ni ligne ascendante, ni ligne collatérale, soit d'agnats, soit de cognats. Mais ils peuvent contracter de justes noces, avoir des enfants légitimes, et commencer ainsi une postérité qui se perpétuera à partir d'eux. Ils peuvent donc avoir une ligne descendante. D'un autre côté, à la place des agnats qui leur manquent, la loi des Douze Tables leur donne le patron et ses enfants, famille à laquelle ils sont en quelque sorte attachés par l'affranchissement et par le nom qu'ils en ont reçu.

C'est d'après ces données que doit se régler la succession.

### *Succession des affranchis d'après les Douze Tables.*

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire;

Maintenant, traitons des biens des affranchis. Autrefois l'affranchi pouvait impunément omettre son patron dans

nam ita demum lex Duodecim Tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, nihil in bonis ejus patrono juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse.

son testament; car la loi des Douze Tables n'appelait le patron à l'hérédité de l'affranchi qu'autant que ce dernier était mort intestat et sans héritier sien. Ainsi, lors même qu'il était mort intestat, s'il avait laissé un héritier sien le patron n'avait aucun droit sur ses biens. A cela, il n'y avait rien à reprendre si cet héritier sien était un enfant naturel; mais si c'était un fils adoptif il y avait injustice évidente à dépouiller le patron de tout droit.

1082. Le système dc la loi des Douze Tables est bien simple.

Pour la succession *ab intestat* de l'affranchi, en premier ordre arrivent ses héritiers siens, ce qui comprend tant ses enfants issus de justes noces que ceux qu'il aurait adoptés, et même la femme (*uxor*) qu'il aurait acquise *in manu*, et qui serait ainsi entrée dans sa famille au rang de fille. En second ordre, comme tenant la place des agnats, arrivent le patron, et, à défaut, ses enfants. Remarquons bien qu'à l'égard de ces derniers la succession se divisait de même que celle des agnats, par têtes et non par souches : « *Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet, ut in capita, non in stirpes dividatur* (1). »

Pour la succession *testamentaire,* aucune entrave n'était imposée à l'affranchi, non plus qu'aux autres citoyens. Il pouvait, dans son testament, suivre librement sa volonté, et dépouiller tant ses héritiers siens que le patron et ses enfants.

1083. Il résultait de ce système que le patron pouvait se trouver exclu de la succession de son affranchi : 1° par les héritiers siens de ce dernier; 2° par son testament. Mais aucune de ces deux causes d'exclusion n'était à craindre pour lui à l'égard de ses affranchies : la première, parce que l'affranchie ne pouvait avoir d'héritiers siens, la seconde parce qu'étant, à cause de son sexe, en la tutelle perpétuelle de son patron, elle ne pouvait tester, et par conséquent le dépouiller de l'hérédité sans son consentement (2).

## *Succession des affranchis d'après le droit prétorien.*

1. Qua de causa, postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; et si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono

1. C'est pourquoi, plus tard, l'édit du préteur corrigea cette iniquité du droit. En effet, si l'affranchi faisait un testament, il était obligé de tester de manière à laisser au patron la moitié de ses biens; sinon, le patron auquel il n'avait laissé rien, ou moins que la moi-

(1) Ulp. Reg. 27. 4. — Paul. Sent. 3. 2. § 3. — (2) « Quoniam non sunt sui heredes matri ut obstent patrono. » (Ulp. Reg. 29. 2 et 3. — « Cum enim hæ in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore. » (Gai. 3. 43.)

contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati et in adoptionem dati : si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant; nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

tié, obtenait la possession des biens contre les tables du testament, pour moitié des biens. S'il mourait intestat, laissant pour héritier sien un fils adoptif, on donnait également au patron, contre cet héritier, la possession des biens pour moitié. Mais servaient à exclure le patron : les enfants naturels de l'affranchi ; non-seulement ceux soumis à sa puissance au moment de sa mort, mais encore ceux émancipés ou donnés en adoption, pourvu qu'ils fussent institués pour une part quelconque, ou que, passés sous silence, ils eussent demandé la possession des biens *contra tabulas;* car les exhérédés n'excluaient nullement le patron.

1084. A l'égard des héritiers siens, on appliquait à ceux de l'affranchi tout ce que nous avons dit pour les héritiers siens des autres citoyens. — Ainsi, ce qui concerne l'exhérédation, ou les personnes appelées au nombre des héritiers siens, leur fut commun. — Ainsi, le préteur, comme nous le voyons ici par le texte, vint au secours des enfants émancipés ou donnés en adoption, soit par la possession des biens *unde liberi,* soit par celle *contra tabulas,* suivant ce que nous avons déjà exposé ci-dessus, n° 1008.

1085. A l'égard du patron, le préteur modifia complétement le droit des Douze Tables; il trouva inique que le patron pût être dépouillé de tout droit à l'hérédité de l'affranchi par la seule volonté de ce dernier, soit que cela arrivât par l'adoption d'un enfant, ou par l'acquisition *in manu* d'une femme, actes purement volontaires de la part de l'affranchi, soit par un testament qu'il aurait fait. En conséquence, dans tous ces cas, et lorsqu'il n'existait pas d'héritiers siens réellement issus de l'affranchi, ou d'enfants appelés au nombre des héritiers siens, l'édit du préteur assura au patron un droit à la moitié de la succession, droit dont il ne put être dépouillé et qu'il devait obtenir soit par la possession des biens *ab intestat,* soit par la possession des biens *contra tabulas,* selon que l'affranchi était mort sans avoir fait de testament, ou en ayant fait un au préjudice du patron.

1086. Cette partie de l'édit ne s'appliquait pas aux successions des affranchies, puisque nous avons vu que le patron n'avait rien à craindre à cet égard (1).

Elle ne s'appliquait pas non plus à la patronne; le préteur n'avait pas augmenté ses droits, et les avait laissés tels qu'ils étaient d'après la loi des Douze Tables (2). Enfin, parmi les enfants du patron, la même distinction doit être faite selon le sexe. Les enfants mâles avaient le même droit prétorien que le patron lui-

(1) Ulp. Reg. 29. 2. — (2) Gai. 3. 49.

même, à défaut de ce dernier; mais les enfants du sexe féminin n'avaient que le droit des Douze Tables (1).

*Succession des affranchis d'après la loi* PAPIA POPPÆA.

II. Postea vero lege Papia adaucta sunt jura patronorum qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat, virilis pars patrono debebatur. Itaque, cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur, ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset : cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur (patrono) : si tres reliquerat, repellebatur patronus.

2. Plus tard, la loi Papia augmenta les droits des patrons, selon la richesse des affranchis. Elle ordonna, en effet, que, sur les biens de tout affranchi laissant cent mille sesterces de patrimoine et moins de trois enfants, qu'il fût décédé soit *testat*, soit *intestat*, le patron aurait une part virile. Ainsi, lorsque l'affranchi avait laissé pour héritier un seul fils ou une seule fille, il revenait au patron la moitié, comme si l'affranchi fût mort testat et sans enfants. En cas de deux héritiers, fils ou filles, le patron avait le tiers; en cas de trois, il était exclu.

1087. La loi PAPIA POPPÆA, dans son esprit général d'accorder aux citoyens des droits plus ou moins étendus selon qu'ils auraient eu un plus grand ou un moindre nombre d'enfants, ou qu'ils n'en auraient pas du tout, introduisit de nouvelles règles pour la succession des affranchis et des affranchies.

Le texte ne nous fait connaître que ses dispositions relatives aux droits des patrons sur les biens des affranchis mâles ; nous voyons que le patron obtient le droit de venir même en concours avec les héritiers siens de l'affranchi pour une part virile, à moins que le défunt n'ait laissé plus de deux enfants, ou bien un patrimoine valant moins de cent mille sesterces.

Quant aux droits sur la succession des affranchies, la loi PAPIA POPPÆA délivra de la tutelle du patron toute affranchie qui aurait eu quatre enfants; en conséquence, elle leur permit de tester sans l'autorisation du patron; mais en même temps, afin que le patron ne pût être dépouillé par le testament, la loi lui assura dans la succession d'une telle affranchie une part virile, selon le nombre des enfants survivants (2).

Quant aux filles et aux autres descendants du patron du sexe féminin, de même quant à la patronne et à ses enfants, restées toutes, d'après le droit prétorien, sous l'empire de la loi des Douze Tables, la loi PAPIA POPPÆA leur donna des droits plus étendus, analogues à ceux du patron et de ses enfants mâles : mais seulement lorsqu'elles avaient le nombre d'enfants fixé par cette loi : deux ou trois, selon le cas, ainsi qu'on peut le voir en détail dans Gaius et dans Ulpien (3).

(1) ULP. Reg. 29. 4. — (2) ULP. Reg. 29. § 3. — GAI. 3. §§ 44 et 47. — (3) GAI. 3. §§ 49 à 53. — ULP. Reg. 29. §§ 5 à 7.

## *Succession des affranchis d'après Justinien.*

III. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione græca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causas definivit : ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sesterciis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus quod erat ex lege Duodecim Tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures cujuscunque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta : tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea), sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: *ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur*, sed ad coheredes eorum hoc onus redundaret : multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni patronæque quam liberi eorum nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem; et in capita, non in stirpes, dividatur successio : eodem

3. Mais une constitution de nous, rédigée en grec pour en faciliter l'intelligence à tous, et contenant tout un système sur ce point, a posé les règles suivantes. Si l'affranchi ou l'affranchie est moins que centenaire, c'est-à-dire a moins de cent sous d'or en patrimoine (car c'est ainsi que nous évaluons la somme de la loi Papia : un sou d'or pour mille sesterces), le patron n'aura aucun droit sur leur succession, si toutefois ils en ont disposé par testament; car s'ils sont morts intestat, le droit du patron reste entier, tel qu'il était fixé par la loi des Douze Tables. Mais lorsqu'ils sont plus que centenaires, s'ils ont des enfants héritiers ou possesseurs des biens, soit un, soit plusieurs, de quelque sexe ou de quelque degré que ce soit, ce sont ces enfants que nous appelons à l'hérédité paternelle, à l'exclusion totale du patron et de sa descendance. S'ils meurent sans enfants, alors, s'ils sont intestat, nous appelons les patrons ou patronnes à la totalité de l'hérédité; mais s'ils ont fait un testament et qu'ils aient omis leur patron ou leur patronne, n'ayant pas d'enfants, ou ayant exhérédé ceux qu'ils avaient, ou s'il s'agit d'une mère ou d'un aïeul maternel, les ayant passés sous silence, de sorte que leur testament ne puisse être attaqué comme inofficieux, dans ce cas, le patron, d'après notre constitution, obtiendra, par la possession des biens *contra tabulas*, non pas, comme jadis, la moitié, mais le tiers des biens de l'affranchi, ou le complément de ce tiers si l'affranchi ou l'affranchie leur a laissé moins que le tiers; *et cela sans charges : tellement que, même les legs ou fidéicommis laissés aux enfants de l'affranchi ou de l'affranchie ne devront pas être acquittés sur ce tiers*; mais la charge en retombera exclusivement sur les cohéritiers du patron. Nous avons, dans la même constitution, réuni plusieurs autres règles jugées nécessaires pour compléter ce droit. Ainsi, sont appelés à la succession des affranchis, non-seulement le patron, la patronne et leurs enfants, mais encore leurs parents collatéraux jusqu'au cinquième degré, comme on peut le voir par le texte même de cette constitution. Ainsi, dans le cas de plusieurs enfants,

modo et in iis qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.

d'un, de deux ou de plusieurs patrons ou patronnes, c'est le plus proche qui est appelé à l'hérédité de l'affranchi ou de l'affranchie, et cette hérédité se divise par têtes et non par souches. Il en est de même pour les collatéraux. En effet, nous avons ramené presque à l'identité le droit de succession tant pour les affranchis que pour les ingénus.

1088. Ces dispositions, qui paraissent compliquées, peuvent se résumer en fort peu de mots.

Et d'abord Justinien ne met plus de différence entre le patron et la patronne, leurs enfants du sexe masculin ou du sexe féminin; ni entre la succession d'un affranchi ou d'une affranchie : pour toutes ces personnes, le droit est le même.

La succession *ab intestat* de l'affranchi est ainsi réglée :

1° Ses enfants, même ceux qu'il aurait eus en esclavage, s'ils sont libres au moment de sa mort; car nous avons vu ci-dessus (n° 1079) que Justinien, à la différence de l'ancienne législation, compte cette parenté servile. Du moment qu'il y a des enfants de l'affranchi, quelle que soit la fortune du défunt, le patron n'a aucun droit sur son hérédité : en ce sens, Justinien revient à la simplicité de la loi des Douze Tables.

2° Le patron ou la patronne, et, à leur défaut, leurs enfants, qui tiennent la place des agnats, et entre lesquels le partage doit se faire par têtes et non par souches.

3° Les parents collatéraux du patron ou de la patronne; mais jusqu'au cinquième degré seulement, tenant la place des cognats de l'affranchi; car, comme dans cet ordre la parenté servile n'est pas comptée, même par Justinien, l'affranchi n'a jamais de cognats à lui pour héritiers.

1089. Ainsi, l'hérédité des affranchis se trouve réglée à peu près comme celle des ingénus, en ce sens qu'ils ont : un premier ordre, celui des héritiers siens ou descendants assimilés aux héritiers siens; un deuxième ordre, celui des agnats représenté par le patron ou la patronne, et leurs enfants; enfin un troisième ordre, celui des cognats, représenté par les parents collatéraux du patron ou de la patronne, jusqu'au cinquième degré.

1090. Quant à la succession *testamentaire*, l'affranchi, à l'égard de ses enfants, est soumis aux mêmes règles que les autres citoyens, pour l'exhérédation, l'omission, ou la plainte en inofficiosité.

A l'égard de son patron, il faut distinguer : si l'affranchi a, pour tout patrimoine, moins de cent sous d'or, alors Justinien revient encore à la simplicité de la loi des Douze Tables, l'affranchi peut tester librement, et dépouiller même pour le tout son patron. Mais s'il a plus de cent sous d'or, alors le patron doit avoir par le testament de l'affranchi, non plus, comme

autrefois, la moitié, mais seulement le tiers; sinon il aura le droit de se faire donner le tiers, ou le complément qui pourrait y manquer, par la possession des biens *contra tabulas*. Bien entendu que cette espèce de droit de réserve héréditaire n'appartient au patron que dans le cas où l'affranchi n'ayant pas d'enfants, ou les ayant justement exhérédés ou omis, c'était à lui qu'aurait dû revenir la succession *ab intestat*.

1091. *Ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur*. Le tiers que le patron a droit de réclamer ainsi ne se calcule jamais que déduction faite des dettes; mais il ne peut être grevé d'aucune charge de legs ou de fidéicommis ou de toute autre libéralité. A un tel point que notre texte suppose qu'un affranchi ayant justement exhérédé ses enfants leur a cependant laissé quelques legs ou quelques fidéicommis. Les enfants se trouvant ainsi repoussés de la succession, cela suffit pour que l'ordre du patron arrive, et qu'il ait droit de réclamer contre les tables du testament, son tiers intact. Dans ce cas, sur ce tiers, il ne sera pas même obligé de contribuer pour acquitter les legs ou les fidéicommis laissés aux enfants du défunt, cette charge restant en entier aux autres héritiers.

IV. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt; cum nec sint alii liberti, simul deditiis et Latinis sublatis: cum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen in ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum *jure quodammodo peculii* ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero *senatus-consulto Largiano* cautum fuerat ut liberi manumissoris *non nominatim exheredati facti* extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus supervenit etiam *divi Trajani edictum*, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem romanam venire ex beneficio principis festinabat, faciebat quidem vivum civem romanum, latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices et alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam et senatus-consultum Largianum et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romana fruantur : et mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus.

4. Mais tout ceci doit s'entendre des affranchis qui deviennent citoyens romains (et il n'y en pas d'autres aujourd'hui, les déditices et les Latins ayant été supprimés); car les Latins ne laissaient jamais aucune succession légitime : en effet, quoiqu'ils vécussent comme libres, cependant en exhalant leur dernier soupir, ils perdaient à la fois la vie et la liberté; et, d'après la loi Junia, leurs biens, comme ceux des esclaves, restaient, *par une sorte de droit de pécule*, à ceux qui les avaient affranchis. Mais par la suite, *le sénatus-consulte Largien* avait établi que les enfants de l'affranchissant, *à moins d'exhérédation nominative*, seraient préférés, pour les biens des Latins, aux héritiers externes. Et plus tard vint encore *l'édit de Trajan*, qui, lorsqu'un Latin, contre le gré ou à l'insu de son patron, avait obtenu de la faveur impériale son introduction hâtive dans la cité, faisait du même homme vivant un citoyen, et à sa mort un Latin. Mais par notre constitution, nous avons, à cause de toutes ces vicissitudes de conditions et autres difficultés, supprimé à perpétuité avec les Latins eux-mêmes, et la loi Junia, et le sénatus-consulte Largien, et l'édit de Trajan : tous les affranchis jouiront des droits de citoyens romains, et, chose admirable,

au moyen de quelques additions, les voies qui menaient à la latinité, transportées par nous, conduiront à la cité romaine.

1092. Gaius, dans ses Instituts, traitait ici de la succession de cette classe particulière d'affranchis nommés *Latins Juniens*. Justinien lui a emprunté, à ce sujet, quelques détails qui, dans la législation de ce prince, n'ont plus qu'un intérêt historique.

*Jure quodammodo peculii*. Nous avons expliqué déjà (tome II, n°s 63 et suiv.) la position des affranchis latins, d'après la loi *Junia Norbana*, et le droit de pécule en vertu duquel, à la mort de ces affranchis, le patron ou ses héritiers prenaient les biens laissés par eux. Il suffit de se reporter à ces explications.

1093. *Senatus-consulto Largiano*. Le sénatus-consulte Largien fut porté sous l'empire de Claude et sous le consulat de Lupus et de Largus (an 795 de R., 42 de J. C.). Il créa, sur les biens de l'affranchi latin, à la place du droit de pécule, une sorte d'hérédité, au profit des enfants du patron. En effet, quand bien même le patron aurait laissé en mourant d'autres héritiers que ses enfants, les biens de l'affranchi latin Junien mort après lui ne reviendraient pas comme un pécule à l'hérédité du patron, pour être partagés, à ce titre, entre tous les héritiers, enfants ou autres; mais les enfants les recueilleraient seuls, comme par une sorte de droit successoral, à l'exclusion des autres héritiers.

*Non nominatim exheredati facti*. Mais le patron privait ses enfants de cette espèce de droit successoral du sénatus-consulte Largien en les exhérédant *nominativement* de sa propre hérédité. Du reste, s'ils n'avaient pas été exhérédés nominativement, le droit du sénatus-consulte Largien sur les biens de l'affranchi latin leur restait toujours, bien qu'ils ne fussent pas héritiers de leur père, par exemple s'il s'agit d'enfants qu'on peut exhéréder collectivement, ou passer sous silence : exclus par l'exhérédation collective ou par l'omission de l'hérédité paternelle, ils ne le sont pas cependant des biens du Latin Junien; de même pour ceux qui se seraient abstenus. On peut voir dans Gaius les détails qu'il donne sur ce sénatus-consulte (1).

1094. *Divi Trajani edictum*. L'empereur pouvait accorder à un affranchi latin le droit de cité, comme nous l'avons vu déjà (tome II, n° 66). Mais si cette faveur ne lui avait été accordée qu'à l'insu ou contre le gré de son patron, l'édit de Trajan voulait que le droit du patron et de ses enfants, quant aux biens que pourrait laisser cet affranchi, restât sain et sauf (*salvo jure patroni*). Ainsi l'affranchi devenu de cette manière citoyen romain jouissait, durant toute sa vie, des avantages et des droits de cité; mais, à sa mort, ses biens étaient déférés comme ceux d'un simple affranchi latin (2);

(1) Gai. 3. 63 à 67. — (2) *Ib*. 72.

disposition adoucie elle-même plus tard par un autre sénatus-consulte du temps d'Adrien (1).

1095. Mais, sous Justinien, toutes ces distinctions sont abrogées, puisque tous les affranchis sont citoyens et ne forment tous qu'une même classe.

## TITULUS VIII.

### DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus *censuisse senatum*, ut quamvis ad omnes patroni liberos qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti *uni ex liberis adsignare libertum* : ut post mortem ejus solus is patronus habeatur cui adsignatus est; et ceteri liberi qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant. Sed ita demum pristinum jus recipiunt, si is cui adsignatus est decesserit *nullis liberis relictis*.

## TITRE VIII.

### DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS.

Enfin, à l'égard des biens des affranchis, avertissons *qu'un sénatus-consulte*, quoique ces biens reviennent également à tous les enfants du patron qui sont au même degré a permis au père *d'assigner l'affranchi à l'un de ses enfants*; de sorte qu'après sa mort, cet enfant auquel l'affranchi a été assigné sera censé le seul patron; et les autres enfants qui, en l'absence de toute assignation, auraient été également admis à ces biens, n'y auront aucun droit. Mais ils recouvrent leur ancien droit si celui à qui l'assignation a été faite meurt *sans postérité*.

1096. *Censuisse senatum*. Ce sénatus-consulte fut fait, comme nous l'indique le § 3 de ce titre, au temps de l'empereur Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et d'Ostérius Scapula, l'an de Rome 798. Ulpien nous en fait connaître le texte même, dans un fragment inséré au Digeste (2).

*Uni ex liberis adsignare libertum*. D'après le droit primitif, si le patron mourait avant l'affranchi, il n'avait aucun droit sur la succession de ce dernier, puisqu'il décédait avant l'ouverture de cette succession. Le droit d'hérédité passait alors aux enfants du patron; il leur était personnel et égal entre eux selon leur degré. Mais, d'après le sénatus-consulte, il est permis au patron de changer cette égalité de droits et d'étendre sa puissance, même après sa mort, sur les biens de l'affranchi qui lui survit, en assignant cet affranchi à un seul de ses enfants. Toutefois, cette assignation, ne constituant ni un legs ni un fidéicommis, ne peut être grevée d'aucune charge (3).

*Nullis liberis relictis*. Celui à qui l'affranchi a été assigné étant censé le seul patron, le droit d'hérédité aux biens de l'affranchi se trouve concentré sur lui seul, et, à son défaut, sur ses enfants : ainsi, s'il meurt avant l'affranchi, laissant des enfants, le droit héréditaire appartient à ces derniers; mais, s'il meurt sans postérité, ou si tous ses enfants meurent avant l'affranchi, alors la race de celui auquel l'assignation avait été faite se trouvant éteinte entièrement avant l'ouverture de la succession de l'affranchi, on

(1) GAI. 3. 73. — (2) D. 38. 4. 1. pr. f. Ulp. — (3) *Ib.* 7. fr. Modest.

revient au droit commun, et le droit héréditaire sur cette succession retourne à tous les autres enfants du patron.

I. Nec tantum libertum, sed etiam libertam : et non tantum filio *nepotive*, sed etiam filiæ *neptive* adsignare permittitur.

1. C'est non-seulement un affranchi, mais une affranchie; et non-seulement à un fils *ou à un petit-fils*, mais à une fille *ou à une petite-fille* qu'on peut assigner.

1097. *Nepotive, neptive*. Le patron peut choisir entre tous ses enfants celui qu'il veut pour faire l'assignation d'un affranchi : il n'est pas astreint à suivre la hiérarchie des degrés. Il peut, quoique ayant des fils, assigner à un petit-fils ou à une petite-fille et leur donner ainsi la préférence sur ceux du degré antérieur; il le peut, quand bien même ces petits-enfants seraient précédés dans la famille par leur père, sous la puissance duquel ils doivent retomber à la mort du patron (1).

II. Datur autem hæc adsignandi facultas ei qui *duos pluresve liberos* in potestate habebit, ut eis *quos in potestate habet*, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio. Sed *placuit evanescere*, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

2. Du reste, cette faculté d'assignation est donnée à celui qui a *deux ou plusieurs enfants* en sa puissance, de manière qu'il puisse assigner à ceux *qu'il a sous sa puissance*. Ce qui a fait demander si, en cas d'émancipation postérieure de l'enfant auquel l'assignation a été faite, cette assignation s'évanouira. *La décision a été qu'elle s'évanouira* : tel est l'avis de Julien et de la plupart des autres.

1098. *Duos pluresve liberos*. Au lieu de faire l'assignation à un seul des enfants, on peut la faire à deux ou à plusieurs : elle leur est attribuée alors en commun, à l'exclusion des autres.

*Quos in potestate habet*. C'est la condition indispensable. En effet, il faut remarquer qu'il n'est pas permis au patron de créer à son affranchi des héritiers que la loi n'a pas donnés à cet affranchi; il lui est loisible seulement de choisir entre les successibles. Le patron ne crée pas un droit héréditaire, il exerce seulement un droit de préférence. Or, les enfants qu'il n'a plus sous sa puissance n'ayant plus aucun droit héréditaire éventuel sur la succession de l'affranchi, il ne peut faire porter sur eux l'assignation.

*Placuit evanescere*. En effet, bien que l'assignation ait été faite avant l'émancipation, ce n'était jamais qu'un droit de préférence attribué à l'un des habiles à succéder; mais cet enfant devenant inhabile à succéder à l'affranchi, son droit de préférence s'évanouit (2).

(1) Dig. 38. 4. 3. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (2) Voir une exception que Modestinus semble faire à cette règle, pour un cas particulier : lorsque l'assignation est faite en commun à un enfant resté sous la puissance paternelle et à un enfant émancipé, si les enfants restés en puissance sont au moins deux. (Dig. 38. 4. 9. f. Modest.)

**III.** Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso senatus-consulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Osterio Scapula consulibus.

**3.** Peu importe que l'assignation soit faite par testament ou sans testament. Il est même permis au patron de la faire en termes quelconques, d'après le sénatus-consulte lui-même, qui fut fait au temps de Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et d'Osterius Scapula.

## TITULUS IX.

### DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

## TITRE IX.

### DES POSSESSIONS DES BIENS.

1099. L'*hérédité* était la seule manière de succéder qui fût reconnue par le droit civil : c'était l'institution primitive, rigoureusement romaine, ne dépendant d'aucun magistrat, mais seulement de la loi civile (*ex jure civili, ipso jure*).

Mais un usage qui s'introduisit dans le tribunal du préteur, et ensuite les dispositions formelles de l'édit, établirent, à côté de l'hérédité, une nouvelle manière d'entrer en jouissance des biens du défunt, la *possession des biens :* institution postérieure, prétorienne, réglée non pas par la loi, mais par le magistrat.

Voici quelle en dut être l'origine. Le préteur, dans ses fonctions d'assurer l'exécution de la loi, était chargé, en cas de contestation, de faire livrer et maintenir à l'héritier la possession des biens du défunt. Cette mise en possession n'était que la mesure exécutoire de la loi d'hérédité : c'était le *fait* venant exécuter le *droit*. Le préteur, dans le principe, dut donner exclusivement la possession des biens à ceux qui étaient héritiers par la loi ; mais, ensuite, il imagina de l'accorder à des parents que le droit civil avait laissés de côté, et même, dans d'autres cas, de la refuser à l'héritier légal, et de l'attribuer, à son détriment, à d'autres personnes que l'équité et les liens naturels lui rendaient préférables. Ainsi, faisant exécuter le droit civil dans le premier cas, il suppléait à ses lacunes dans le second ; il le contredisait, afin de corriger sa rigueur, dans le troisième (1). Nous savons que telle était la destination du droit prétorien (*adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*) (voir t. II, n° 28).

Alors la possession des biens devint une espèce de droit héréditaire distinct et à part, une sorte de succession prétorienne dont l'ordre et les conditions furent réglés par l'édit. Alors on distingua l'*hérédité* et la *possession des biens ;* le titre d'*héritier* et celui de *possesseur des biens,* qui se réunissaient ordinairement sur la même personne, mais qui souvent aussi étaient séparés.

La loi, et la loi seule, faisait l'*héritier ;* le préteur faisait le *possesseur des biens.*

Dans l'édit, la *bonorum possessio* venait la première, parce que le droit que le préteur donnait avant tout, c'était la possession des biens ; l'*hereditas* n'était traitée qu'en second lieu.

(1) M. Accarias (*Précis*, tom II, n°s 440 et 441) expose le développement historique de la *bonorum possessio*

Jus bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat : cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet a prætore adjuvabatur. Sed is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

Le droit de possession des biens a été introduit par le préteur pour corriger l'ancien droit, et il a apporté ce correctif non-seulement dans les hérédités *ab intestat*, comme nous l'avons exposé ci-dessus, mais encore dans celles des personnes mortes avec un testament. Par exemple, si un postume externe avait été institué héritier, quoique, d'après le droit civil, il ne pût faire adition de l'hérédité, parce qu'une pareille institution était nulle; cependant, par le droit honoraire, il devenait possesseur des biens avec l'aide du préteur. Du reste, aujourd'hui un tel postume, d'après notre constitution, est valablement institué héritier, et comme reconnu par le droit civil.

1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat : sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

1. Quelquefois, cependant, ce n'est ni pour corriger, ni pour combattre l'ancien droit, mais plutôt pour le confirmer, que le préteur promet la possession des biens; car il donne aussi aux héritiers institués par un testament régulier la possession des biens *secundum tabulas* (suivant les tables). De même, *ab intestat* il appelle à la possession des biens les héritiers siens et les agnats, quoique, même sans le secours de cette possession des biens, l'hérédité leur appartienne d'après le droit civil.

1100. On voit, par ces deux paragraphes, que la possession des biens est donnée : *confirmandi, emendandi vel impugnandi veteris juris gratia :* ce qui revient à la destination générale du droit prétorien : *adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia.* Nous aurons soin de faire remarquer, en exposant les diverses possessions des biens, dans quels cas elles confirment, elles amendent ou elles contredisent le droit civil.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le préteur attribue la possession des biens à ceux qui étaient déjà héritiers d'après la loi, quel est l'avantage de ce droit? Le seul avantage, nous dit Gaius, c'est de pouvoir user de l'interdit qui commence par ces mots : *Quorum bonorum*, interdit qui avait pour effet de se faire mettre en possession des biens héréditaires (1).

II. Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt; nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes

2. Ceux que le préteur appelle seuls à l'hérédité ne sont pas, en droit, héritiers; car le préteur ne peut faire aucun héritier. C'est en effet la loi seulement, ou tout autre acte législatif, tels que des

(1) « Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere quod is qui ita bonorum possessionem petit interdicto cujus principium est QUORUM BONORUM uti possit. » GAI. 3. 34.

sunt, veluti per senatus-consulta et constitutiones principales; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, *loco heredum constituuntur* et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum *id agebat ne quis sine successore moreretur*. Nam angustissimis finibus constitutum per legem Duodecim Tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor *ex bono et æquo dilatavit*.

sénatus-consultes ou des constitutions impériales qui peuvent faire des héritiers. Mais le préteur leur donnant la possession des biens, *ils sont en place d'héritiers*, et se nomment possesseurs des biens. Le préteur a établi en outre plusieurs autres degrés de possessions des biens, *son but étant de pourvoir à ce qu'on ne meure pas sans successeur*. Aussi, le droit de recueillir les hérédités, restreint par la loi des Doubles Tables dans les limites les plus étroites, a-t-il été *équitablement étendu par lui*.

1101. *Loco heredum constituuntur*. Ils ne sont point héritiers, mais ils sont établis au lieu et place d'héritiers. C'est ce que nous dit à peu près dans les mêmes termes Ulpien, qui ajoute qu'en conséquence, soit qu'ils agissent, soit qu'on agisse contre eux, il y a nécessité de recourir à des actions fictices, dans lesquelles on les suppose héritiers, car ne l'étant pas réellement, il ne peut y avoir pour eux ni contre eux d'action directe en cette qualité : « Heredes quidem non sunt; sed heredis loco constituuntur beneficio prætoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur (1). »

*Id agebat ne quis sine successore moreretur; ex bono et æquo dilatavit*. Tel est l'esprit qui a poussé le préteur à ajouter, après les héritiers siens et les agnats du droit civil, de nouveaux ordres de possesseurs des biens, afin qu'à défaut des deux premiers ordres, la succession ne tombât pas en déshérence; mais que les limites en fussent étendues en faveur de personnes auxquelles la nature et l'équité commandaient d'avoir égard.

III. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ : prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque CONTRA TABULAS; secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur SECUNDUM TABULAS testamenti. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit; et primo loco, suis heredibus, et iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur UNDE LIBERI. Secundo, legitimis heredibus. Tertio, decem personis quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei sive uterini. Quarto, cognatis

3. Les possessions des biens testamentaires sont : en premier lieu, celle déférée aux enfants omis, et nommée CONTRA TABULAS; en second lieu, celle que le préteur promet à tous ceux légalement institués héritiers, et qui se nomme en conséquence SECUNDUM TABULAS. Après avoir traité des testats, il passe aux intestats. Et il donne la possession des biens : premièrement, aux héritiers siens et à tous ceux que l'édit compte au nombre des héritiers siens : celle-ci se nomme UNDE LIBERI; secondement, aux héritiers légitimes; troisièmement, aux dix personnes qu'il préférait au manumisseur étranger, savoir : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule tant paternels que maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille issus d'un fils ou d'une fille, le frère et la

(1) Ulp. Reg. 28. 12.

proximis. Quinto, TUM QUEM EX FAMILIA. Sexto, patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus. Septimo, viro et uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

sœur, consanguins ou utérins; quatrièmement, aux cognats les plus proches; cinquièmement, TUM QUEM EX FAMILIA, au plus proche membre de la famille de l'affranchi; sixièmement, au patron e à la patronne, à leurs descendants e; ascendants; septièmement, à l'époux et à l'épouse; huitièmement, aux cognats du manumisseur.

1102. De même que l'hérédité, les possessions des biens sont ou *testamentaires* (*ex testamento*) ou *ab intestat*, selon que le défunt a laissé ou n'a pas laissé de testament. Le texte énumère ici toutes ces possessions des biens : l'ordre dans lequel elles sont énoncées est bien loin d'être indifférent, car il indique leur rang de préférence. Nous allons les parcourir successivement dans cet ordre.

1103. Et d'abord, en tête, viennent les possessions des biens *ex testamento*, qui passent avant les possessions des biens *ab intestat*, de même que l'hérédité testamentaire passe avant l'hérédité sans testament : « Prætor eum ordinem secutus quem et lex Duodecim Tabularum secuta est : fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, dein de successione ab intestato loqui (1). »

Les possessions des biens testamentaires sont au nombre de deux seulement, rangées dans l'ordre suivant :

1° CONTRA TABULAS; — 2° SECUNDUM TABULAS.

1104. *Contra tabulas*. La possession des biens *contra tabulas* se nomme *contra lignum*, parce qu'il suffit, pour lui donner ouverture, qu'il existe un testament, bien que non accepté (2). Un titre au Digeste est consacré à cette possession des biens (3). Elle est donnée, en général, aux enfants passés sous silence par le chef de famille, *præteritis liberis*, comme dit le texte. Les enfants dont il s'agit ici sont les enfants héritiers siens ou mis au rang des héritiers siens : naturels ou adoptifs, émancipés ou donnés en adoption, conformément à tout ce que nous avons exposé ci-dessus, n°s 998 et suiv., 1011 et suiv. (4), sans distinction (tome II, n° 709), entre les descendants du sexe masculin et ceux du sexe féminin. Ceux de ces enfants qui, n'ayant pas été institués ni exhérédés par leur père, se trouveraient privés, par seule prétérition, des droits successifs d'héritiers siens, obtiendront du préteur, malgré les tables du testament, la possession des biens, dans les droits et dans l'ordre dans lesquels ils étaient appelés à la succession par le droit civil (*eo jure eoque ordine quo vocantur ad successionem ex jure civili*) (5), ou par le droit postérieur qui les a mis au rang d'héritiers siens. Mais les enfants

(1) D. 38. 6. 1. pr. f. Ulp. — (2) D. 37. 4. 19. f. Tryphon. — (3) DIG. 37. 4. — (4) ULP. Reg. 28 3. — (5) D. 3. 7. 4. 1. § 1. f. Ulp.

exhérédés n'y sont pas admis (1). Cette possession des biens n'a pas lieu contre le testament des femmes, parce qu'elles n'ont pas d'héritiers siens (2). — Elle confirme le droit civil et lui vient en aide (*adjuvat*), lorsqu'il s'agit d'enfants réellement héritiers siens, dont l'omission annule le testament d'après le droit civil; si ce testament n'a été fait que suivant les formes civiles, la nullité civile suffit, et il faut recourir à la possession des biens ab intestat *unde liberi*; mais s'il a été fait suivant la forme prétorienne, portant les cachets de sept témoins, la rescision prétorienne *contra tabulas* est nécessaire pour venir confirmer la nullité de droit civil (3). — Au contraire, elle corrige, elle contredit le droit civil (*emendat, impugnat*), lorsqu'il s'agit d'enfants émancipés, ou autres semblables, puisqu'elle enlève, à leur profit, les biens aux héritiers institués qui devraient les garder d'après le droit civil. — Une sorte de possession des biens *contra tabulas* était encore donnée, selon ce que nous avons vu n° 1085, au patron, contre le testament de l'affranchi, pour se faire donner la moitié de l'hérédité dont il avait été dépouillé par ce testament. Ici elle contredisait encore le droit civil.

1105. ***Secundum tabulas***. Cette possession des biens était donnée aux héritiers institués, conformément aux dispositions du testament, qui se trouvait ainsi mis à exécution par le préteur. Le titre 11 du livre 37, au Digeste, y est spécialement consacré. Elle était donnée non-seulement lorsque le testament était régulier et valable d'après le droit civil, mais encore dans d'autres cas où le droit civil ne lui aurait pas donné d'effet. Ainsi, soit dans la forme, soit dans la capacité du testateur ou de l'institué, soit dans les dispositions mêmes de l'acte, le préteur était moins rigoureux que le droit civil. Dans la forme, peu importait qu'il n'y eût pas eu de mancipation de la famille, ou de nuncupation, pourvu que l'acte portât les sept cachets exigés (tom. II, n° 654 (4). Dans la capacité du testateur, peu importait que ce dernier eût perdu cette capacité dans le temps intermédiaire entre la confection du testament et son décès, car le préteur n'exigeait la capacité qu'à ces deux époques (voir tom. II, n°s 685 et 783) (5). Dans celle de l'institué, nous venons d'en voir un exemple au préambule même de ce titre (ci-dessus, page 74), où les Instituts nous disent que, si un postume externe a été institué, bien que cette institution ne soit pas valable selon le droit civil, le préteur viendra à son aide : c'est-à-dire qu'il lui accordera la possession des biens *secundum tabulas*. Dans les dipositions mêmes de l'acte, car en cas d'institution faite sous condition le préteur accordait la possession des biens

(1) *Ib*. 8. pr. et 10. § 5. fr. Ulp. — (2) *Ib*. 4. § 2. f. Paul. — (3) Il n'était pas indifférent de venir par la possession des biens *unde liberi*, ou par celle *contra tabulas*, à cause de certains legs qui étaient maintenus dans ce dernier cas (D. 37. 5. *De legatis præstandis cont. tab. bon. poss. petita*), et non dans l'autre. — (4) Ulp. Reg. 28. 6. — (5) Dig. 37. 11. 1. § 8. f. Ulp.

*secundum tabulas*, même avant l'accomplissement de la condition (*pendente conditione*), sauf à la retirer si la condition venait à défaillir (1). Enfin, dans d'autres cas encore, tels que celui que nous avons indiqué tom. I, p. 609. On voit donc que cette possession des biens est tantôt conforme, tantôt contraire au droit civil. Du reste, la possession des biens *secundum tabulas* ne venait qu'en second lieu, après celle *contra tabulas*. En effet, s'il existe des enfants ayant droit à la possession des biens contre le testament, tant qu'ils peuvent la demander, celle qui a pour but de faire exécuter le testament ne peut avoir lieu. Il faut donc attendre que les enfants aient laissé expirer le délai pour demander la possession des biens *contra tabulas* (car nous verrons que chaque possession des biens devait être demandée dans un certain délai, passé lequel il y avait déchéance), ou bien qu'ils soient morts ou qu'ils en aient répudié ou perdu le droit (2).

1106. A défaut de possessions des biens testamentaires, soit faute de testament, soit faute d'avoir demandé les possessions des biens *contra* ou *secundum tabulas* dans les délais voulus, l'édit passe aux possessions des biens *ab intestat*, qui étaient les suivantes :

UNDE LIBERI,

UNDE LEGITIMI,

UNDE DECEM PERSONÆ,

UNDE COGNATI,

TUM QUEM EX FAMILIA,

UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM,

UNDE VIR ET UXOR,

UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

1107. Cette dénomination des possesions des biens, qui consiste dans la préposition *unde* suivie de la désignation des personnes appelées, est une abréviation de cette phrase : « *Ea pars edicti unde liberi vocantur : unde legitimi vocantur*, etc. »

1108. Quatre de ces possessions des biens seulement sont relatives à la succession des ingénus : *Unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor;* les quatre autres sont exclusivement applicables aux successions des affranchis. Il nous faut les parcourir toutes brièvement.

1109. *Unde liberi* (3). C'est la première ; elle est accordée aux enfants qui sont héritiers siens, ou appelés au nombre des héritiers siens, d'après ce que nous avons déjà dit (ci-dessus, nos 998 et suiv.). Elle n'a pas lieu dans la succession des femmes, puisque ces dernières n'ont pas d'héritiers siens. Elle est commune à celle des affranchis, comme à celle des ingénus, puisque les affranchis ont d'abord pour successeurs leurs héritiers siens.

(1) Dig. 37. 11. 5 et 6. ff. Ulp. — (2) Ib. 2. pr. f. Ulp. — (3) Voir le titre spécial consacré à cette possession des biens, dans le Dig. lib. 38. tit. 6.

1110. *Unde legitimi* (1). Par cette possession des biens sont appelés tous ceux qui sont légalement héritiers *ab intestat*, soit d'après la loi des Douze Tables, soit d'après toute autre loi, sénatus-consulte ou constitution : ainsi, les agnats qui viennent d'après la loi des Douze Tables ; les personnes mises par les constitutions au rang d'agnats ; la mère succédant à ses enfants d'après le sénatus-consulte Tertullien, ou les enfants succédant à leur mère d'après le sénatus-consulte Orphitien (2) ; le patron et ses enfants, puisqu'ils sont héritiers légitimes de l'affranchi (3). Et même les héritiers siens, s'ils avaient négligé de demander dans le délai voulu leur possession des biens spéciale *unde liberi*, ou s'ils l'avaient répudiée, pouvaient revenir à la possession des biens *unde legitimi*, et la recevoir de préférence aux agnats, puisque étant héritiers d'après la loi, ils étaient compris sous la dénomination générale d'héritiers légitimes. Un fragment de Julien nous a conservé les termes mêmes de l'édit : « Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset..... » (sous-entendu *vocabo*) ; et le jurisconsulte ajoute qu'il faut entendre ces termes *large et cum extensione* (4). Cette possession des biens n'avait jamais pour effet que de confirmer le droit civil. Elle avait lieu aussi bien pour la succession des femmes que pour celle des hommes ; pour celle des ingénus que pour celle des affranchis (5).

1111. *Unde decem personæ*. Cette possession des biens s'appliquait au cas tout particulier de la succession d'une personne libre qui, ayant été acquise *in mancipio* par un étranger, avait été affranchie par lui. Ce qui avait lieu principalement, comme nous l'avons vu, d'une manière fictive, pour opérer une émancipation. Nous savons que, dans ce cas, l'affranchissant étranger (*manumissor extraneus*) obtenait, d'après la loi civile, les droits de patronage, et par conséquent ceux de succession, sans que le père naturel ni la famille d'où était sorti l'affranchi en eussent aucun (voir tom. II, n° 166). Le préteur corrige cette rigueur civile, en appelant ici, avant le manumisseur étranger, les dix personnes de la famille naturelle qui sont énumérées dans le texte.

1112. *Unde cognati*. C'est ici un nouvel ordre de successeurs prétoriens, ouvert à la parenté du sang : « *Quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem* », dit Gaius (6). C'est pour cela que nous avons toujours pensé, bien qu'il n'y ait aucun texte précis ni pour ni contre, que les enfants nés du concubinat pouvaient l'invoquer, soit quant à la mère et aux parents maternels, soit même quant au père et aux parents paternels (n°s 122 et 1073) (V., en sens contraire, t. II, Ap. 3, l. 1.). L'idée que la cognation ne se formerait que par les femmes est une idée fausse : une seule preuve, entre mille, c'est que les agnats, s'ils avaient né-

(1) Voir le titre spécial au Dig. 38. 7. — (2) *Ib.* 2. § 4. f. Ulp. — (3) *Ib.* § 1. — (4) Dig. 38. 7. 1. f. Jul. — (5) Dig. 38. 7. 2. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (6) Voir le titre spécial au Dig. 38. 8. *Unde cognati*. 2. f. Gai.

gligé de demander la possession des biens *unde legitimi*, pouvaient recourir, à leur rang de proximité par le sang, à celle *unde cognati*. A partir de Constantin, des incapacités plus ou moins dures de recevoir de leur père frappèrent les enfants naturels, que Justinien traita plus favorablement (1); mais ceci n'existait pas avant Constantin, et l'institution d'héritier en faveur d'un fils naturel, citée ci-dess., n° 122, en est la preuve.

1113. *Tum quem ex familia*. Cette possession des biens est exclusivement propre à la succession des affranchis. Pour cette succession, nous savons qu'il y avait, en premier lieu, la possession des biens *unde liberi*; et, en second lieu, à défaut de la première, la possession des biens *unde legitimi*, dans laquelle se trouvaient compris le patron et ses enfants. Mais, à défaut de cette seconde possession des biens, le préteur avait appelé en troisième lieu le plus proche membre de la famille du patron, ce qui comprenait le patron lui-même ou ses enfants, s'ils avaient négligé ou refusé de demander la possession des biens *unde legitimi*, et, en outre, ses agnats. La dénomination de cette possession des biens *tum quem ex familia* n'offre réellement aucune difficulté; ce n'est que par une erreur évidente qu'on a pu la corrompre en celle de *tanquam ex familia* ou hésiter entre elles. Ces mots *tum quem ex familia* sont le commencement de l'édit; ils sont entièrement conformes à ceux que nous avons déjà cités, pour la possession des biens des héritiers légitimes : *tum quem ei heredem esse oporteret*, et que nous trouvons deux fois rapportés au Digeste (2). On peut en conclure que c'était la locution habituelle de l'édit pour les diverses possessions des biens. Ici le sens était, sans doute : « *Tum quem ex familia*... (*patroni proximum oportebit, vocabo*) j'appellerai celui de la famille du patron qui sera le plus proche. »

1114. *Unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*. Telle est la dénomination de cette possession des biens, comme nous la font connaître le § 5 de ce titre et Théophile dans sa paraphrase. Cette possession des biens était aussi exclusivement applicable aux successions des affranchis. Quelle en était l'utilité? Malgré l'explication que nous en donne Théophile, on a considéré cette question comme un problème difficile à résoudre d'une manière satisfaisante. Si le patron ou ses enfants, nous dit Théophile, ont négligé de demander la possession des biens *unde legitimi* dans les délais prescrits, qu'ils aient pareillement laissé expirer le délai de la possession des biens *tum quem ex familia*, alors le patron ou ses enfants ou ses ascendants pourront venir par la possession des biens *unde liberi patroni*... etc. On a trouvé ridicule cette répétition de possessions des biens, qui serait inventée

(1) C. 5. 2. *De naturalibus liberis*. 1. Constant. (an 336.) — Nov. 18, ch. 5. Justinian. (an 537); et Nov. 89, ch. 12. — (2) D. 38. 7. 1. f. Julian. — 38. 14. 1. f. Ulp.

seulement pour multiplier le recours du patron et lui donner la faculté de se rattacher de possession des biens en possession des biens, comme de branche en branche. Mais tel n'est pas le but principal : la possession des biens *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* n'est pas donnée spécialement au patron ni à la patronne, il n'est pas même question d'eux dans sa dénomination; et s'ils ont le droit d'en profiter, ce n'est qu'accidentellement. Du reste, il n'y a rien là qui ne soit commun et général à tous les ordres de possession des biens. En effet, nous avons vu que, dans la succession des ingénus, les possessions des biens sont d'abord : *unde liberi,* pour les héritiers siens; ensuite *unde legitimi,* principalement pour les agnats; enfin *unde cognati,* pour tous les cognats parents naturels : ce qui n'empêche pas que les héritiers siens ne soient compris dans chacune des trois, et qu'après avoir laissé passer la première, ils ne puissent venir par la seconde, et à défaut par la troisième; et que de leur côté les agnats, après avoir laissé passer la possession des biens *unde legitimi,* ne puissent venir à leur rang de proximité par la possession des biens *unde cognati*. De même, dans la succession des affranchis, la série des possessions des biens quant au droit de patronage était celle-ci : 1° *unde legitimi,* pour le patron et ses enfants, conformément à la loi, ce qui ne comprenait ni les enfants hors la puissance du patron, ni ceux de la patronne, puisque les mères n'avaient jamais de puissance paternelle; 2° *tum quem ex familia,* pour la famille civile du patron ou de la patronne, c'est-à-dire principalement pour leurs agnats, ce qui ne comprenait aucun des parents unis seulement par les liens naturels; 3° *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum,* pour les descendants ou ascendants, sans plus distinguer s'ils sont ou non en la puissance ou dans la famille du patron, mais seulement à cause du lien du sang; aussi les enfants de la patronne et les ascendants y sont-ils nominativement compris : c'est la possession des biens déférée à la famille naturelle du patron, en commençant par la ligne directe, descendante et ascendante. Enfin, comme nous allons le voir immédiatement, 4° *unde cognati manumissoris,* pour les cognats du patron ou de la patronne, c'est-à-dire spécialement pour sa famille naturelle collatérale. Ce qui n'empêche pas que le patron ou ses enfants héritiers siens ne soient compris dans toutes ces possessions des biens, et qu'après avoir laissé passer celle *unde legitimi,* ils ne puissent venir par celle *tum quem ex familia,* puisqu'ils sont de la famille civile; puis par celle *unde liberi patroni*... etc., puisqu'ils sont de la ligne directe; ou enfin par celle *unde cognati manumissoris,* puisqu'ils sont de la cognation; et que, de même, les agnats, à défaut de leur possession des biens *tum quem ex familia,* et les ascendants et descendants, à défaut de la leur, *unde liberi patroni*... etc., ne puissent venir également par la dernière, *unde cognati manumissoris,* dans laquelle ils sont tous

compris. Cette explication est donc toute naturelle, et entièrement conforme à l'esprit général des possessions des biens. Quelques auteurs allemands en ont imaginé une autre. Ils supposent que la possession des biens *unde liberi patroni*, etc., est relative au patron du patron de l'affranchi défunt. Ainsi, le patron immédiat de cet affranchi défunt serait lui-même un affranchi ayant un patron, et ce serait ce patron du patron qui serait appelé, ainsi que ses enfants et ses ascendants, à défaut du patron immédiat et de sa famille (1). Cette explication est ingénieuse; mais elle n'est en harmonie ni avec la gradation des droits de patronage, qui se trouverait troublée et contradictoire, ni avec l'esprit des possessions des biens tel que nous l'avons démontré; ni avec l'explication de Théophile, qui, en matière pareille, doit obtenir plus de crédit que les imaginations modernes; ni, enfin, avec les textes des Instituts et d'Ulpien, qui ne parlent jamais que du patron et de la patronne, quand il eût été si facile et si court de dire le patron du patron (2).

1115. *Unde vir et uxor*, relative à la succession des ingénus comme à celle des affranchis, suppléant à une lacune du droit civil, qui avait laissé les époux sans droits réciproques de succession quand il n'y avait pas *in manum conventio*; ne s'appliquant du reste que dans le cas de justes noces, et lorsque le mariage existait encore au moment de la mort (3).

1116. *Unde cognati manumissoris*, exclusivement propre à la succession des affranchis. Il paraît cependant, d'après Ulpien, que ce droit n'était pas indéfini pour tous les cognats du patron, et qu'il s'arrêtait à certaine limite fixée d'après la loi FURIA (4).

1117. A défaut de toute personne à qui la possession des biens pût appartenir, les biens étaient déférés au peuple, d'après la loi JULIA *caducaria*. « Et si nemo sit, dit Ulpien, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria » (5).

IV. Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio : a nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, CONTRA TABULAS quidem et SECUNDUM TABULAS bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato UNDE LIBERI et UNDE LEGITIMI bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fue-

4. Telles furent les possessions des biens introduites par la juridiction prétorienne; mais, pour nous, ne laissant rien échapper à notre investigation, et corrigeant toutes choses par nos constitutions, nous avons maintenu, comme étant de nécessité, les possessions des biens CONTRA TABULAS et SECUNDUM TABULAS, ainsi que celle UNDE LIBERI et UNDE LEGITIMI dans l'ordre ab intestat.

(1) Mémoire de M. Gœschen, sur la *bonorum possessio liberti intestati*. (Civilistisches Magazin, t. 4. p. 257, 350. — *Histoire du droit romain*, de M. Hugo, t. 1. § 224. note 3.) — (2) ULP. Reg. 28. 7. — (3) Voir le titre spécial, DIG. 38. 11. — (4) « Septimo, cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus quam mille asses capere licet. » ULP. Reg. 28. 7. — (5) ULP. Reg. 28. 7.

rat, id est UNDE DECEM PERSONAE, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur præfata quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, et quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

Mais quant à celle placée en cinquième lieu dans l'édit du préteur, c'est-à-dire la possession UNDE DECEM PERSONAE; par une décision pieuse, et en peu de mots, nous en avons établi l'inutilité. En effet, cette possession des biens avait pour but de placer dix personnes avant le manumisseur étranger; mais, d'après notre constitution sur l'émancipation des enfants, tous les ascendants sont eux-mêmes manumisseurs, comme s'ils s'étaient réservé la clause de fiducie; de sorte que ce privilége est inhérent à la manumission qu'ils font eux-mêmes, et rend inutile la possession des biens dont nous parlons. Supprimant donc cette cinquième possession des biens, et donnant son rang à celle qui n'était auparavant que la sixième, nous avons établi pour cinquième possession des biens celle que le préteur promet aux plus proches cognats.

V. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio TUM QUEM EX FAMILIA, et octavo UNDE LIBERI PATRONI PATRONAEQUE ET PARENTES EORUM, utramque per constitutionem nostram quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coarctavimus: ut sit aliqua inter ingenuos et libertinos differentia, sufficit eis tam CONTRA TABULAS bonorum possessio quam UNDE LEGITIMI et UNDE COGNATI, ex quibus possunt sua jura vindicare: omni scrupulositate et inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto.

5. Et, comme auparavant, se trouvait en septième lieu la possession des biens TUM QUEM EX FAMILIA, et en huitième UNDE LIBERI PATRONI PATRONAEQUE ET PARENTES EORUM, nous les avons entièrement supprimées l'une et l'autre par notre constitution sur le droit de patronage. Car, puisque nous avons établi les successions des affranchis sur le modèle de celle des ingénus, en les restreignant seulement au cinquième degré afin de laisser une différence entre elles, il suffit, pour réclamer les droits du patronage, des possessions des biens tant CONTRA TABULAS que UNDE LEGITIMI et UNDE COGNATI, toutes les subtilités et les détours inextricables de ces deux possessions des biens se trouvant résolus.

VI. Aliam vero bonorum possessionem, quæ UNDE VIR ET UXOR appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco, id est sexto, eam posuimus: decima veteri bonorum possessione, quæ erat UNDE COGNATI MANUMISSORIS, propter causas enarratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

6. Quant à la possession des biens UNDE VIR ET UXOR, placée au neuvième rang parmi les anciennes, nous l'avons conservée dans sa vigueur, en la faisant remonter de rang, et la portant au sixième. La dixième, qui existait jadis, celle UNDE COGNATI MANUMISSORIS, s'est trouvée justement supprimée par les motifs déjà exposés; de sorte qu'il n'est plus resté que six possessions des biens en toute vigueur.

1118. Par suite des changements opérés par Justinien et dont les motifs sont suffisamment expliqués dans les trois paragraphes précédents, les quatre possessions des biens *ab intestat,* qui étaient exclusivement propres à la succession des affranchis, se

trouvent supprimées, et il ne reste plus que les quatre possessions des biens des ingénus,

UNDE LIBERI,

UNDE LEGITIMI,

UNDE COGNATI,

UNDE VIR ET UXOR,

qui servent tant pour la succession *ab intestat* des ingénus, que pour celle des affranchis, puisque cette dernière a été ramenée à une similitude presque entière avec l'autre, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, n° 1088 : la possession des biens *unde liberi*, pour les héritiers siens de l'affranchi et les personnes rangées au nombre des héritiers siens; *unde legitimi* pour le patron et ses enfants; *unde cognati* pour les ascendants et cognats du patron jusqu'au cinquième degré seulement; et enfin *unde vir et uxor*.

VII. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, *quibus ut detur lege, vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est*. Quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

7. Vient enfin une septième possession des biens que le préteur a introduite à très-juste raison. En effet, l'édit, en terminant, promet la possession des biens à ceux *à qui une loi ou un sénatus-consulte ou une constitution ordonnerait textuellement de la donner*. Possession des biens que le préteur n'a rangée dans aucun ordre fixe, ni dans celles *ab intestat*, ni dans les testamentaires; mais qu'il a disposée, selon que chaque cas l'exige, comme un dernier recours extraordinaire pour ceux qui viennent d'après les lois, les sénatus-consultes ou le droit nouveau des constitutions, soit par testament, soit *ab intestat*.

1119. *Quibus ut detur lege, vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est.* C'était, d'après ce que nous apprend Théophile, le nom de cette dernière possession des biens, qui se nommait aussi, d'après la même autorité, *tum quibus ex legibus* : « Alors, ceux à qui les lois (*probablement*) ordonnent de déférer la possession des biens »; ou simplement, d'après l'intitulé du titre spécial consacré dans le Digeste à cette matière : *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio* (1). Ulpien nous a conservé les termes de l'édit relatifs à cette possession des biens : « *Uti me quaque lege, senatus-consulto, bonorum possessionem* » *dare oportebit, ita dabo.* » Il faut remarquer qu'il s'agit ici de loi, sénatus-consulte ou acte législatif qui ordonnerait expressément de déférer la possession des biens. C'est ce qui résulte positivement des termes de l'édit, ainsi que de l'explication que nous en donnent Paul et Ulpien; et c'est aussi ce qui distingue la possession des biens *ut ex legibus senatusve consultis*, de celle

(1) Dig. 38. 14.

*unde legitimi.* La première est applicable seulement lorsque la loi ordonne nominativement de déférer la possession des biens (*cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet*), ce qu'avait fait la loi Papia pour la patronne (1); la seconde, lorsque la loi ne défère que l'hérédité, sans faire mention de la possession des biens (*defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem*) Mais si la loi défère à la fois et l'hérédité et la possession des biens, on a droit indifféremment à l'une et à l'autre possesseur (2). — Le préteur n'a pas besoin ici de s'inquiéter de savoir si cette possession des biens sera testamentaire ou *ab intestat,* ni du rang qu'elle occupera : il promet seulement, quant à lui, d'obéir à toute loi qui ordonnera de déférer la possession des biens. Cette possession des biens sera un *extraordinarium auxilium,* comme dit le texte, auquel aucune autre ne peut faire obstacle contrairement à la loi qui l'ordonne (3). — En sens inverse, le préteur ne devrait pas donner la possession des biens là où la loi le défendrait (4).

**VIII.** Cum igitur *plures species successionum* prætor introduxisset, *easque per ordinem disposuisset* et *in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ*, ne actiones creditorum differentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonorum possessione annuum spatium, ceteris centum dierum dedit.

**8.** Le préteur ayant ainsi introduit *plusieurs espèces de succession* et les ayant *disposées par ordre*, et *dans chaque ordre, souvent plusieurs personnes existant à différents degrés :* afin que les créanciers ne restent pas suspendus dans leurs actions, mais qu'ils aient à qui s'attaquer; afin, d'un autre côté, qu'ils ne se fassent pas facilement envoyer en possession des biens du défunt, et qu'ils n'aient pas recours à ce mode d'exercer leurs droits, le préteur a fixé un délai limité pour demander la possession des biens. Il a donné aux enfants et aux ascendants, tant naturels qu'adoptifs, l'espace d'un an; et à tous les autres, cent jours.

**IX.** Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit; vel si nemo sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur; sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

**9.** Si quelqu'un laisse expirer ce délai sans demander la possession des biens, elle accroît aux personnes du même degré; ou, s'il n'y en a pas, elle passe, d'après l'édit successoral, au degré subséquent, comme si le précédent n'existait pas. Mais si quelqu'un répudie la possession des biens qui lui était déférée, on n'attend pas l'expiration du terme fixé à la demande de possession des biens; mais les autres sont immédiatement admis d'après le même délit.

**1120.** La possession des biens n'était pas déférée de plein droit : il fallait la demander; elle pouvait aussi se répudier.

(1) GAIUS. 2. § 50. — DIG. 38. 14. 1. § 2. f. Ulp. — 38. 7. 3. f. Paul. — (2) DIG. 38. 14. 1. § 1. — (3) Ce passage d'Ulpien : « Ubicunque Lex, vel Senatus, vel Constitutio *capere* hereditatem prohibet : et bonorum possessio cessat » (D. 37. 1. 12. § 1), avait en vue les lois caducaires.

On la demandait au magistrat du peuple romain (*magistratus populi romani*), c'est-à-dire au préteur : et, dans les provinces, au gouverneur. C'était là ce qu'on appelait demander, reconnaître, admettre, recevoir la possession des biens (*bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere, accipere*), selon les expressions employées par les jurisconsultes romains et par les lois du Digeste (1).

Pour ne pas laisser indéfiniment en suspens les créanciers, les légataires et toutes autres personnes intéressées, l'édit avait fixé un délai, tel que le texte nous l'indique ici, dans lequel il fallait nécessairement demander la possession des biens.

Si celui qui avait droit à la possession des biens laissait expirer le délai sans la demander, ou s'il mourait avant l'expiration du délai, ou enfin s'il la répudiait, la possession des biens était perdue pour lui (2).

1121. Mais dans les possessions des biens, il y avait, en ce cas, selon les circonstances, droit d'accroissement ou de dévolution successive, d'abord de degré en degré, et ensuite de possession des biens en possession des biens.

En effet, chaque possession formait un ordre successif (*plures species successionum... easque per ordinem disposuisset*, dit le texte, § 8), et, dans chacune d'elles, les parents qui y étaient compris occupaient divers degrés (*et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ*). Si plusieurs personnes du même degré étant appelées ensemble, l'une d'elles répudiait sa possession des biens ou en était déchue, sa part accroissait aux autres (3). Si la personne qui répudiait ou qui laissait tomber son droit était seule de son degré, ou si tout le degré était déchu (4), alors la possession des biens passait au degré subséquent : et cela durant sept degrés (*sequens gradus admittitur, perinde ac si superiores non essent : idque per septem gradus fit*) (5); dans ce cas, il y avait dévolution de degré en degré. Enfin, faute de degrés subséquents, ou tous les degrés étant épuisés, on passait à la possession des biens suivante : il y avait dévolution d'une possession à l'autre.

X. In petenda autem bonorum possessione, *dies utiles singuli considerantur*. Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis *pro petenda* bonorum *possessione curet*; sed quocumque modo *si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit*, plenum habeat earum beneficium.

10. Dans la demande de possession des biens, *on ne compte que chaque jour utile*; mais les princes antérieurs ont sagement prescrit, à cet égard, que *nul ne s'inquiète de formuler une demande de possession des biens*; mais qu'en manifestant d'une manière quelconque, *dans le délai voulu cependant*, *leur intention de l'accepter*, ils en acquièrent tout le bénéfice.

(1) Dig. 38. 15. — 38. 9. — (2) 37. 1. 4. f. Gai. — (3) Dig. 37. 1. 3. § 9. f. Ulp. — (4) Une personne du même ordre, mais au second rang, pouvait n'avoir point qualité : ainsi, à défaut du fils émis, l'enfant de ce fils n'aurait pu demander la *possessio contra tabulas*. — (5) Ulp. Reg. 28. 11.

1122. *Dies utiles singuli considerantur.* On ne compte que les jours utiles : c'est-à-dire seulement ceux où il était permis de se présenter devant le magistrat pour demander la possession des biens, à partir du moment où cette demande avait été possible aux intéressés (*ex quo petere potuerunt*) (1).

*Pro petenda bonorum possessione curet.* Nous avons vu qu'il fallait autrefois se présenter réellement devant le magistrat du peuple romain, et lui faire la demande formelle de la possession des biens. Il fallait, dit Théophile, lui dire spécialement : « Donne-moi telle possession des biens » (*da mihi hanc bonorum possessionem*). Mais nous trouvons au Code de Justinien deux constitutions de l'empereur Constance : l'une qui permet de se présenter, pour admettre la possession des biens, non-seulement devant les magistrats du peuple romain, mais devant tout juge quelconque, même devant les décemvirs, et d'y manifester son intention en termes quelconques, toute solennité de paroles étant supprimée (2). L'autre qui excuse même ceux qui, par rusticité, ignorance ou absence, ne se seraient présentés devant aucun magistrat (3). Sous Justinien, ceci est la règle générale : la possession des biens ne se demande plus à aucun magistrat ; il suffit de manifester, d'une manière quelconque, dans le délai voulu, l'acceptation qu'on en fait (*admittentis eam indicium, intra statuta tamen tempora*). En réalité, la distinction entre la possession des biens et l'hérédité s'en est allée, les deux institutions se confondent ; ce qui reste, ce sont les mots seulement.

1123. Il est une autre distinction très-importante à faire dans les possessions des biens, quoique les Instituts la passent entièrement sous silence : celle de la possession des biens donnée *cum re* ou *sine re*. Si nous cherchons à traduire ces locutions, nous trouverons dans Ulpien, pour la possession *cum re*, cette synonymie : *id est cum effectu* (4) ; et, à l'inverse, *sine effectu* pour la possession des biens *sine re* ; ou, en d'autres termes, possession des biens *avec efficacité* ou *sans efficacité*. Et quelle est l'efficacité dont il est ici question? Gaius et Ulpien nous le disent : la possession est *sine re*, sans efficacité, lorsqu'elle n'est pas donnée de manière à garantir le possesseur des biens contre toute pétition d'hérédité qu'intenterait l'héritier de droit civil, mais qu'elle le laisse au contraire exposé à être évincé par cet héritier : « *Cum alius jure civili evincere hereditatem possit,* » dit Ulpien ; « *cum evinci hereditas ab herede potest ; si ab iis avocari hereditas potest,* » dit Gaius (5). Elle est, au contraire, donnée avec efficacité (*cum re*) lorsqu'elle met le possesseur des biens à l'abri de toute éviction semblable, et qu'elle lui assure par conséquent le droit de retenir les biens (*cum effectu bona reti-*

(1) ULP. Reg. 28. 10. — (2) COD. 6. 9. 9. — (3) *Ib.* 8. — (4) ULP. Reg. 28. § 6, et 28. § 13. — (5) ULP. *Ibid.*, et GAI. 2. §§ 148 et 149 ; 3. §§ 36 et 37.

*neat; ipsi retinere hereditatem possunt*) (1). On voit par là que toutes les fois qu'il n'y a aucune lutte possible entre l'hérédité civile et la vocation prétorienne, soit parce que le possesseur des biens est en même temps l'héritier de droit civil, soit parce qu'il n'existe pas d'héritier appelé par le droit civil, la possession des biens est nécessairement donnée avec efficacité (*cum re*). Il en est autrement lorsqu'il s'agit de savoir si le préteur veut, corrigeant le droit civil, écarter définitivement l'héritier suivant ce droit et faire passer par-dessus lui le possesseur des biens; ou bien si, tout en donnant la possession des biens en conformité de son édit, il laisse néanmoins à l'héritier la porte ouverte pour une pétition d'hérédité efficace, qui évincerait le possesseur des biens. Gaius nous cite divers exemples de possession des biens *sine re* : comme si l'héritier valablement institué par testament a accepté l'hérédité, mais n'a point voulu demander la possession des biens, se contentant de son titre civil d'héritier; la possession des biens passe alors à ceux qui sont appelés *ab intestat*, mais *sine re*, parce que l'héritier testamentaire pourra les évincer de l'hérédité. De même, si, dans une succession *ab intestat*, l'héritier sien, se contentant de son droit légitime d'hérédité, n'a pas voulu demander la possession des biens, elle passe au plus proche agnat, mais *sine re*, parce que le fils héritier sien aurait le droit d'évincer cet agnat. De même enfin, pour l'agnat qui serait héritier d'après le droit civil et ferait adition, mais sans vouloir demander la possession des biens; la possession passerait aux plus proches cognats, mais *sine re*. Cela avait encore lieu, ajoute Gaius, dans plusieurs autres cas semblables (2). A mesure que les rigueurs ou les subtilités du droit civil, dans la vocation à l'hérédité, ont été corrigées soit par le préteur, soit par les constitutions impériales (3), soit par la jurisprudence, la lutte s'est décidée plus souvent en faveur du possesseur des biens, et l'usage de la possession des biens *cum re*, dans les cas ainsi amendés, s'est étendu (4). — La possession des biens *sine re* procurait l'avantage d'avoir le rôle de défendeur dans le procès en pétition d'hérédité, et, vis-à-vis de tout autre que l'héritier, tous les avantages de la *bonorum possessio*.

**1124.** Indépendamment des possessions des biens dont nous venons de parler, dont l'ordre est déterminé d'une manière générale et réglementaire par l'édit, et qu'on peut dire, en quelque sorte, déférées par l'édit lui-même, il en est que le préteur n'accorde que sur débat contentieux, suivant l'appréciation qu'il fait

---

(1) Gai. et Ulp. *Ibid.* — (2) Gai. 3. §§ 35 à 38. — (3) Gaius (2. § 149) cite un rescrit d'Antonin qui a protégé par l'exception de dol une *bonorum possessio* jusque-là *sine re;* telle a dû être la marche de la jurisprudence. — (4) Gai. 2. §§ 126. 148. 149, et 3. § 26. — Ulp. Reg. 23. § 6. — D. 28. 8. *De injust. testam.* 12. pr. f. Ulp.

de la cause (*causa cognita*), pouvant d'ailleurs, d'après le résultat de cette appréciation, la donner ou ne pas la donner; procédant alors par voie de décret, c'est-à-dire par décision d'un litige : « *decretum interponit prætor; — decreto petita sit possessio; — causa cognita* » (1). Ulpien la nomme quelque part *decretalis bonorum possessio*, et il dit de celle-là qu'elle n'est déférée que du moment qu'elle a été décrétée : « Nondum delata est nisi cum fuerit decreta » (2). Par opposition, les autres ont été nommées *edictales*. Il y a entre ces deux classes de possessions des biens, quant à leur nature intime, la séparation qui résulte des différences entre l'édit et le décret, entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir judiciaire, entre l'application exécutive d'un règlement général et la décision d'un litige. — Cette différence de nature amène plusieurs différences de règle entre les deux classes de possessions des biens. Ainsi, les jours utiles, pour compter les délais, seront, à l'égard de la possession des biens décrétale, ceux où le magistrat aura siégé sur son tribunal; ainsi encore, Ulpien nous dit que la possession des biens décrétale ne peut être répudiée (3); et cette possession n'offre, dans la plupart des cas, rien de définitif, n'étant qu'un expédient provisoire dans le procès.

Les textes nous offrent plusieurs exemples de concessions, par voie de décret, de semblables possessions des biens. Nous nous bornerons à citer les deux suivants :

1125. Celui de la possession des biens de l'édit Carbonien (*bonorum possessio* EX CARBONIANO). Cet édit, introduit par le préteur Cneus Carbon, est ainsi conçu : « *Si cui controversia* » *fiat an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde* » *possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et* » *judicium in tempus pubertatis differtur* » (4). Ainsi, lorsqu'on élève contre un impubère une contestation qui attaque à la fois son état et son droit d'hérédité (*si status et hereditatis simul controversia sit*), afin de ne pas compromettre ses droits les plus importants par une décision rendue pendant qu'il est impubère, le préteur diffère le procès jusqu'après sa puberté; et, en attendant, pour qu'il ne soit pas privé de la jouissance de l'hérédité, il lui accorde par décret la possession des biens EX CARBONIANO, non-seulement *contra tabulas*, mais aussi *secundum tabulas*, ou *ab intestat*, selon le cas. Du reste, cette possession n'est que provisoire; et elle ne se donne, aux termes mêmes de l'édit, que *causa cognita*, c'est-à-dire le préteur examinant sommairement s'il y a doute suffisant en faveur de l'impubère, pour la lui accorder

(1) D. 37. 9. *De ventre in poss. mitt.* 1. § 14. f. Ulp. — 37. 10. *De Carbon. edict.* 1. pr. f. Ulp. — 38. 17. Ad. S. C. S. *Tertyll.*, 2. § 11. f. Ulp. — (2) D. 38. 9. *De success. edict.* 1. § 7. f. Ulp. — (3) *Ibid.* — (4) Voir au DIG. 37. 10. *De Carboniano edicto*, 1. pr. f. Ulp., et la dissertation sur ce sujet de notre collègue M. GLASSON, Paris, 1866, br. in-8°.

Celui qui peut sortir de l'application de la possession des biens VENTRIS NOMINE. Cette possession des biens s'accorde dans l'intérêt de l'enfant qui est encore dans le sein de sa mère à l'époque de l'ouverture de la succession, et qui, en naissant, aura droit de faire tomber, par la possession des biens *contra tabulas*, l'institution qui a été faite à son préjudice. Dans cet état, cet enfant qui n'existe encore qu'en espérance, ne peut demander ni l'hérédité, ni la possession des biens *contra tabulas*; mais, en attendant, et pour la conservation de ses droits éventuels, le préteur donne la possession des biens *ventris nomine*; il envoie le ventre en possession (*ventrem in possessionem mittere*); ce qui du reste n'est que provisoire jusqu'à ce que la naissance se soit réalisée, ou que toute espérance en ait été perdue (1). — Maintenant, si l'on suppose qu'une contestation d'état soit soulevée relativement à cette grossesse, les parties intéressées niant soit que la femme enceinte ait la qualité de femme légitime, soit que la conception puisse être attribuée au mari, le préteur, à l'exemple de ce qui a lieu dans le cas de l'édit Carbonien, suspendra l'instance jusqu'au jour de la puberté, et, en attendant, donnera provisoirement à cet enfant conçu une possession des biens décrétale (*ventris nomine*) (2).

1126. Il est encore quelques matières, communes tant aux successions testamentaires qu'aux successions *ab intestat*, dont nous devons, malgré le silence ou le laconisme des Instituts en ce qui les concerne, donner au moins une légère idée.

### *De la collation (c'est-à-dire du rapport) des biens* (3).

1127. Le préteur, en appelant les enfants émancipés au nombre des héritiers siens, soit par la possession des biens *contra tabulas*, soit par celle *unde liberi*, les obligea à rapporter aux véritables héritiers siens, pour être joints à la masse héréditaire, tous leurs biens, par le motif que, si ces enfants étaient restés sous la puissance paternelle, ils n'auraient rien acquis pour eux-mêmes, mais toutes leurs acquisitions seraient restées dans le domaine du chef, comme celles de leurs frères héritiers siens. Ce fut là ce qu'on nomma *collatio bonorum*, le rapport des biens.

1128. Bientôt l'interprétation des prudents fit admettre que la fille, même héritière sienne, serait obligée, lorsqu'elle demanderait la possession des biens, de rapporter sa dot, et l'empereur Antonin le Pieux la soumit à ce rapport même dans le cas où, s'en tenant à son titre civil d'héritière, elle ne demanderait pas la possession des biens (4).

On voit que jusque-là le but du rapport était de faire rentrer

(1) D. 37. 9. *De ventre in possess. mitt.* — (2) *Ibid.* 1. §§ 14 et 15. f. Ulp. — (3) Voir les titres particuliers au Dig. 37. 6 et 7. — (4) Voir le titre particulier au Cod. 6. 20.

dans le patrimoine de la famille, au profit des enfants qui n'en étaient pas sortis et qui n'en avaient rien distrait, des biens que l'émancipation ou la constitution de dot en avait fait sortir.

1129. Plus tard, l'empereur Léon étendit l'obligation du rapport tant à la dot qu'à la donation *propter nuptias*, soit qu'il s'agît d'une fille émancipée ou restée en puissance, soit enfin que la succession fût celle du chef de famille, ou de la mère ou de tout autre ascendant paternel ou maternel.

1130. Enfin, Justinien voulut que tous les enfants, sans distinction, succédant *ab intestat* aux biens de leurs ascendants, fussent obligés de se faire respectivement rapport de toutes les choses qui, selon les règles que nous avons exposées (t. II, n[os] 798 et suiv.), sont imputables sur la quarte, dans la querelle d'inofficiosité.

1131. Telle fut l'origine de ce qu'on nomme le rapport des biens (*collatio bonorum*), dont les règles reçurent de plus amples développements, mais qu'il n'est pas le lieu d'exposer ici. On voit que la nécessité du rapport n'était imposée qu'aux enfants succédant à leurs ascendants; ni les ascendants ni les collatéraux n'y étaient soumis. — Le rapport ne pouvait être demandé que par les enfants héritiers, réciproquement les uns aux autres, mais jamais par les héritiers externes. — L'obligation cessait : soit à l'égard des enfants qui s'abstenaient de l'hérédité ou qui la répudiaient; soit à l'égard des choses qui avaient péri sans leur faute, avant la mort du défunt; soit enfin si le testateur leur avait formellement ou tacitement fait dispense de rapport (1). (A. I, P. S.)

### *Du droit d'accroissement entre cohéritiers.*

1132. Si l'un des héritiers vient à faire défaut, la part qu'il aurait eue revient à ses cohéritiers, et c'est là ce qu'on nomme le droit d'*accroissement* : nous avons déjà examiné un semblable droit à l'égard des légataires (t. II, n[os] 868 et suiv.), et annoncé celui entre les héritiers (ci-dessus, n° 1069).

Il a lieu non-seulement pour les héritiers testamentaires, mais pour les héritiers *ab intestat*, et même pour les possesseurs des biens.

Quelle que soit la cause qui ait rendu vacante la part de l'héritier défaillant : soit défaut d'adition, soit refus, décès, incapacité, soit forclusion du terme fixé pour demander la possession des biens ; mais non pas l'indignité, car nous allons voir bientôt que ce cas est soumis à des règles particulières. — Entre héritiers testamentaires, l'accroissement n'a pas toujours lieu indistinctement pour tous. Si quelques-uns sont institués conjointement, par exemple : que Titius et Gaïus soient héritiers pour six onces, et Valérius pour les autres six onces; Titius venant à faire défaut, l'accroissement a d'abord lieu au profit de Gaïus, et ce ne serait

(1) Voir au DIG. et au COD. les titres cités ci-dessus

qu'au cas où celui-ci viendrait à manquer lui-même que le tout accroîtrait à Valérius.

1133. L'accroissement a lieu forcément, de plein droit, à l'insu des cohéritiers et même contre leur gré, quand bien même ils seraient déjà morts avant l'événement qui détermine l'accroissement, selon ce que nous avons déjà dit ci-dessus, nos 743 et 1069; car, ainsi que nous l'avons dit alors, la part vacante accroît à la part cohéréditaire, ou, pour mieux dire, à la personne juridique du cohéritier, et nullement à sa personne physique. C'est ce qui distingue principalement l'effet de l'accroissement de celui de la substitution vulgaire : et cette substitution, ainsi que nous l'avons dit au même endroit, est un moyen d'empêcher l'accroissement d'avoir lieu (1).

Nous savons également que l'accroissement avait lieu *sine onere;* la substitution au contraire *cum onere;* et nous connaissons à ce sujet le rescrit de l'empereur Sévère, ainsi que l'application extensive qu'en avait faite la jurisprudence, relativement au fidéicommis. Il nous suffira, sur ces divers points, de renvoyer aux détails que nous avons déjà donnés ci-dessus, tom. II, n° 743.

### *De la transmission des hérédités.*

1134. En règle générale, l'héritier qui meurt avant d'avoir fait adition, ou le possesseur des biens avant d'avoir demandé la possession des biens, perdent par cette mort tous leurs droits à la succession, et n'en transmettent rien à leurs héritiers (2).

1135. Cependant, les constitutions impériales apportèrent quelques exceptions à cette règle, et introduisirent quelques cas particuliers dans lesquels le défunt, quoique mourant avant d'avoir fait adition ou reçu la possession des biens, transmet à ses héritiers les droits qu'il avait sur la succession, de sorte que ceux-ci peuvent accepter ou répudier à sa place. C'est ce qu'on nomme aujourd'hui *transmission* de l'hérédité.

1136. Ainsi, d'après une constitution de Théodose et de Valentinien, si des enfants institués héritiers par le testament d'un ascendant ou d'une ascendante quelconque meurent avant l'ouverture des tables du testament, connaissant ou non cette institution faite en leur faveur, ils transmettent le droit d'hérédité qu'elle leur donnait à leurs enfants, leurs successeurs à eux, de quelque sexe ou de quelque degré que ce soit (3).

D'après une constitution des mêmes princes, lorsqu'un enfant (c'est-à-dire, ajoute cette constitution, un mineur de sept ans) auquel une hérédité quelconque se trouvait déférée, meurt dans cet âge d'enfance, avant que son père ait accepté pour lui cette

(1) Voir PAUL. *Sentent.* 4. 8. § 26. — DIG. 38. 17. *ad. S. C. Tert.* 1. § 9. f. Ulp. — COD. 6. 10. *Quando non petentium partes petentibus accrescant.* — (2) DIG. 37. 1. 4. f. Gai. — (3) COD. 6. 52. loi unique.

hérédité, le père qui lui survit peut encore la recueillir, comme si elle avait été acquise du vivant de son fils, et cela, qu'il s'agisse d'un enfant soit en puissance, soit hors de puissance (1).

1137. Enfin, nous avons vu (tome II, n° 815) que, d'après une constitution de Justinien, si une personne appelée à une succession, et ayant eu connaissance de ses droits, mourait pendant le délai accordé pour délibérer, ou avant que ce délai lui eût été fixé, pourvu, dans tous les cas, que ce fût encore dans l'année depuis l'ouverture de ses droits, elle transmettait à son héritier tout ce qui restait de cette année, avec la faculté de se prononcer à sa place, pour l'acceptation ou la répudiation de cette hérédité (2). Par cette constitution, le droit de transmission de l'hérédité se trouve bien généralisé.

### *De ceux à qui les biens sont enlevés comme indignes.*

1138. Dans certains cas, les legs, les fidéicommis ou les hérédités, soit testamentaires, soit *ab intestat*, étaient enlevés à ceux qui y étaient appelés, sur le motif qu'ils étaient indignes de les recueillir.

En règle générale, les hérédités et les legs enlevés pour cause d'indignité ne revenaient pas aux personnes appelées à les recueillir à défaut de l'indigne; mais ils étaient dévolus au fisc avec les charges qui en dépendaient. L'héritier indigne était toujours tellement censé rester héritier, quoique ses biens lui fussent enlevés, que, s'il s'était opéré une confusion d'actions entre lui et l'hérédité, cette confusion conservait tous ses effets.

1139. Les causes d'indignité pour lesquelles les hérédités et les legs se trouvaient confisqués étaient en assez grand nombre; les principales sont : si l'héritier ou le légataire a donné ou fait donner la mort au défunt, même par imprudence; s'il a négligé sciemment de poursuivre la vengeance du meurtre du défunt (*necem inultam omisisse*) (3); s'il a élevé contre lui une contestation d'état; s'il l'a accusé de quelque crime, ou s'il a prêté témoignage à son accusateur; s'il a, de son vivant et à son insu, disposé par convention de son hérédité; s'il l'a empêché de faire ou de changer ses dispositions testamentaires, et plusieurs autres encore.

1140. Cependant, dans quelques cas et pour certaines causes particulières, les biens enlevés aux indignes (*ereptorium*) n'étaient pas confisqués, mais ils passaient au degré subséquent (4). — Il paraît même, à ce sujet, que la loi PAPIA POPPÆA avait étendu ses dispositions aux biens enlevés pour cause d'indignité, et qu'elle

(1) COD. THÉOD. 4. 1. — COD. JUST. 6. 30. 18. § 1. — (2) COD. JUST. 6. 30. 19. — (3) L'idée de *vengeance* entre encore pour une bonne partie dans le droit pénal de cette époque, et dans sa langue. — (4) Voir, sur toute cette matière, les titres spéciaux : au DIG. 34. 9; et au COD. 6. 35. *De his quæ ut indignis auferuntur*.

les attribuait, par privilége de paterniié, donnant à leur égard le *jus vindicandi*, comme à l'égard des *caduca*, et probablement dans le même ordre (voir ci-dessus, tome II, n° 878). En effet, Ulpien nous indique sur la même ligne, comme un moyen d'acquérir le domaine romain en vertu de la loi (*ex lege*), et le *caducum* et l'*ereptorium* (1).

### ACTIONS RELATIVES AUX HÉRÉDITÉS AB INTESTAT ET AUX POSSESSIONS DES BIENS.

1141. Nous avons déjà parlé (tome II, n°s 830 et 831) des actions en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) et en partage (*familiæ erciscundæ*), qui étaient communes tant aux hérédités *ab intestat* qu'aux hérédités testamentaires.

1142. Quant aux possessions des biens, elles donnaient spécialement droit à l'interdit nommé *quorum bonorum*, à cause des premiers termes de l'édit qui y était relatif. Cet interdit était donné contre toute personne possédant des choses héréditaires à titre d'héritier ou de possesseur, afin d'obtenir avec plus de promptitude contre elle la restitution de la possession de ces choses. Nous savons déjà ce que c'est, en général, qu'un interdit (t. I, *Génér.*, n°s 285 et suiv.), et nous en traiterons plus au long, ainsi que de l'interdit *quorum bonorum*, dans l'explication du titre XV du livre suivant.

Les possessions des biens, outre cet interdit qui leur était propre, donnaient encore droit à l'action en *pétition d'hérédité*, non pas civile, mais prétorienne; car, nous dit Ulpien, « Ordinarium » fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere » prætorem etiam eorum quos ipse velut heredes facit, hoc est » eorum quibus bonorum possessio data est. » Un titre spécial du Digeste est consacré à cette sorte de pétition d'hérédité sous la rubrique : *De possessoria hereditatis petitione* (2).

Enfin elles donnaient droit aussi à une action utile en partage de l'hérédité (*utilis familiæ erciscundæ*).

### *Novelles de Justinien sur les successions ab intestat.*

1143. Pour compléter l'historique du droit romain sur les successions, nous donnerons ici le texte des novelles publiées sur cette matière par Justinien, en 544 et en 548. Par ces novelles, l'empereur efface tous les vestiges du droit civil qui restaient encore dans la législation telle que nous venons de l'exposer, et qui se mêlaient aux modifications des préteurs, du sénat et des empereurs. Le système primitif de la famille civile, telle que la loi des Douze

(1) « Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium, ex lege Papia Poppæa. » Ulp. Reg. 19. 17. — (2) Dig. 5. 5. *De possessoria hereditatis petitione*. 1. f. Ulp.

Tables l'avait faite, disparaît entièrement, et le système de la famille naturelle, telle qu'elle existe d'après les liens du sang, prend sa place. De là un nouvel ordre de succession qui a servi de base principale à celui que nous avons aujourd'hui dans notre droit français.

## NOVELLA CONSTITUTIO CXVIII.

IMPERATOR Justinianus Augustus Petro gloriosissimo præfecto sacrorum prætoriorum Orientis.

### PRÆFATIO.

Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non juste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per præsentem legem clara compendiosaque divisione disponere : itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cetero ea sola servari quæ nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est, ascendentium et descendentium, et ex latere (quæ in agnatos cognatosque dividitur), primam esse disponimus descendentium successionem.

### CAPUT I.

[*De descendentium successione.*]

Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cujuslibet naturæ aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suæ potestatis, sive sub potestate sit : omnibus ascendentibus et ex latere cognatis præponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen ejus filii, cujuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus quæ secundum nostras alias leges patribus non adquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet adquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus : sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur ; tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset : quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quæri nolumus, sed cum filiis et filiabus et præmortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminæ sint, et seu masculorum seu feminarum prole descendant, sive suæ potestatis sive sub potestate sint constituti. Et hæc quidem de successionibus descendentium disposuimus. Consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendentium successionem vocentur.

### CAPUT II.

[*De ascendentium successione.*]

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis

hos præponi sancimus : exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex æquo inter eos hereditas dividatur : ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint; medietatem vero reliquam, a matre ascendentes quantoscunque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur; si autem pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem : nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem : differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminæ sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur; et sive per masculi, sive per feminæ personam copulantur, et sive suæ potestatis sive sub potestate fuerit is cui succedunt. Reliquum est ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere, et in agnatos et cognatos dividitur; ut etiam hac parte disposita undique perfecta lex inveniatur.

CAPUT III.

[*De successione ex latere venientium.*]

Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis : et quanticunque fuerint, ex hereditate tantam percipient portionem quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte præmortuus frater cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint thii, et sive masculi sive feminæ), sicut eorum parens præponeretur si viveret. Et ex diverso si quidem superstes frater ex utroque parente conjungitur defuncto, præmortuus autem per unum parentem jungebatur, hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viveret, ab hereditate excludebatur. Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur thiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes (sicut jam diximus) ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto jungebatur. Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus,

ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu cum iis qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre, præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum.

1. Si vero neque fratres neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus prærogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur : quod in capita nostræ leges appellant.

### CAPUT IV.

[*De agnatorum jure in hereditate sublato.*]

Nullam vero volumus esse differentiam, in quacunque successione aut hereditate, inter eos qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi sive per feminæ personam defuncto jungebantur : sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur : et omnes sine qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum, ad cognatorum successionem ab intestato venire præcipimus.

### CAPUT V.

[*De legitima tutela liberorum et de matre et avia.*]

Ex his autem quæ de hereditate diximus et disposuimus, et quæ de tutela sunt, manifesta consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelæ suscipere : nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum jure; sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum, quique feminarum prole descendunt minori conjuncti. Hæc autem dicimus si masculi et perfectæ ætatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibimet utantur. Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis, secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatus-consulti renuntiant. Hæc enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam præponuntur, testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas : defuncti namque voluntatem et electionem præponi volumus. Si autem plurimi eundem cognationis gradum habentes ad tutelam vocantur, jubemus communiter convenientibus apud judicem cui hujus partis sollicitudo est, unum aut plures, quanti ad gubernationem substantiæ sufficiant, ex ipsis eligi, et denuntiari, et eum vel ope minoris res gubernare : tutelæ periculo omnibus imminente qui ad tutelam vocantur, et substantiis eorum minori ætate tacite subjacentibus pro hujusmodi gubernatione.

. . . . . . . . . . . . .

CAPUT VI.

[*De vi et potestate hujus constitutionis in personis et in rebus.*]

Hæc autem omnia quæ de successionibus generis sancivimus, obtinere in illis volumus qui catholicæ fidei sunt : in hereticis enim jam a nobis positas leges firmas esse præcipimus, nullam novitatem aut immutationem ex præsenti introducentes lege. Quæ igitur per hanc constitutionem in perpetuum observandam sancivit nostra tranquillitas, in illis volumus obtinere casibus, qui a principiis Julii mensis præsentis sextæ indictionis seu evenerunt seu posthac emerserint. Præcedentes namque casus, qui usque ad memoratum tempus pertransierunt, secundum veteres leges decidi præcipimus.

EPILOGUS.

Tua igitur gloria per præsentem legem a nobis disposita, ad omnium cognitionem venire procuret : in hac quidem regia civitate, edictis consuete propositis; in provinciis autem, præceptis dirigendis ad clarissimos præsides earum, ut nulli nostri imperii subjectorum sit ignota nostræ circa eos mansuetudinis providentia : ita tamen ut sine omni dispendio civium aut provincialium in omni loco præsentis legis fiat insinuatio. DAT. VII CAL. AUG. SEPTIMILIARIO IN NOVO PALATIO. D. N. JUSTINIANI PP. AUG. IMPERII EJUS ANNO XVIII; POST CONSULATUM BASILII. V. C. ANNO III (544).

## NOVELLA CONSTITUTIO CXXVII.

Idem. Aug. Basso præfecto prætoriorum.

PRÆFATIO.

Nostras leges emendare nos non piget, ubique utilitatem subjectis invenire volentes. Meminimus igitur scripsisse legem per quam jussimus, ut si quis moriatur relinquens fratres et alterius fratris filios præmortui, ad similitudinem fratrum et præmortui fratris filii ad hereditatem vocentur, paternum adingredientes gradum, et illius ferentes portionem. Si vero moriens relinquat ascendentium aliquos et fratres ex utrisque parentibus conjunctos sibi, et filios ex præmortuo fratre : fratres quidem jussimus per ipsam legem cum parentibus vocari, fratris vero filios exclusimus.

CAPUT I.

[*Ut fratrum filii succedant etiam ascendentibus primi gradus extantibus.*]

Hoc itaque juste corrigentes, sancimus ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres qui possint cum parentibus vocari, et alterius præmortui fratris filios : cum ascendentibus et fratribus et vocentur etiam præmortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto, et absolute dicimus : ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere jubemus et quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hereditatem : [hoc jubentes ex Cal. Jan. præsentis indictionis undecimæ], etc.

. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

DAT. V. CAL. SEPT. CONSTANTINOP. D. N. JUSTIN. PP. AUG. ANNO XXII, POST CONSULATUM BASILII. V. C. ANNO VII (548).

## *Des successions universelles autres que par hérédité.*

1144. Il s'agit ici de quelques autres manières de succéder à l'universalité des biens d'une personne, autrement que par droit d'hérédité, et même, dans plusieurs cas, de son vivant. Ces successions universelles aux biens d'une personne vivante sont, du reste, comme nous allons le voir, les unes grandement restreintes, les autres totalement abrogées par le droit de Justinien.

### TITULUS X.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Est et alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege Duodecim Tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta est.

1. Ecce enim cum paterfamilias *sese in adrogationem dat*, omnes res ejus corporales et incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt *operarum obligationes* (et *jus agnationis*). *Usus etenim et ususfructus,* licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima, eos tolli nostra prohibuit constitutio.

### TITRE X.

DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION.

Il est encore un autre genre de succession par universalité, qui n'a été introduit ni par la loi des Douze Tables, ni par l'édit du préteur, mais par ce droit que fait admettre le commun consentement.

1. En effet, lorsqu'un chef de famille *se donne en adrogation,* tous ses biens corporels et incorporels, avec toutes ses créances, étaient jadis acquis en pleine propriété à l'adrogeant, à l'exception des choses qui périssent par la diminution de tête, telles que *les obligations de services* et *le droit d'agnation;* pour l'usage et l'usufruit, bien qu'ils fussent autrefois de ce nombre, notre constitution a ordonné qu'ils ne s'éteindraient plus par la petite diminution de tête.

1145. Les effets singuliers qui se produisaient, dans l'ancien droit romain, par suite de l'adrogation étaient dominés par ces deux principes : 1° le changement de personnalité opéré chez l'adrogé et constituant sa *minima capitis deminutio;* 2° l'acquisition par la puissance paternelle conférée à l'adrogeant. En se reportant à ces deux principes, tels que nous les avons exposés déjà (tome II, n°s 93, 132, 140, 203), et surtout à ce que nous avons dit du changement de personnalité dans la *minima capitis deminutio* (*ibid.,* n° 208), on expliquera logiquement une série de textes dans lesquels le détail de ces effets singuliers se présente, textes dont plusieurs se trouvent insérés au Digeste, dans le titre *De capite minutis* (liv. 4, tit. 5).

1146. Quant au changement de personnalité, il importe de se rappeler que par l'effet de l'adrogation la personne du droit civil privé qui existait en l'adrogé avant cette adrogation a disparu. Affilié à un autre patrimoine, à une autre personnalité civile, celle du chef en la puissance duquel il passe, l'adrogé est dévesti de celle qu'il avait autrefois; par conséquent les droits réels, les créances, les obligations qui y étaient attachées, ne peuvent plus reposer sur cette personne désormais éteinte : que vont-ils

devenir? Il s'est fait un vide par la disparition d'une personne juridique : comment ce vide sera-t-il rempli? C'est ce qu'il faut examiner.

Mais cette extinction ne frappant point la personne de droit public (« Capitis enim minutio, privata hominis et familiæ ejus jura, non civitatis, amittit ») (1); ne frappant pas non plus la personne physique ou de droit naturel, laquelle est encore vivante, il ne se fait pas de vide à cet égard; les droits, les créances et les obligations attachés à ces deux ordres d'idées continuent de subsister en l'adrogé.

C'était à développer les conséquences de cette double distinction, surtout de la dernière, car celle relative au droit public n'offrait guère de difficulté, que s'était exercée la subtilité ingénieuse des jurisconsultes (tome II, n° 208).

1147. Quant à l'acquisition par la puissance paternelle conférée à l'adrogeant, il faut remarquer que les deux événements dont nous avons à déterminer les résultats, c'est-à-dire le changement de personnalité civile et l'acquisition paternelle, s'effectuent dans l'adrogation, en même temps et l'un par l'autre. A l'instant même où il a cessé d'être chef, l'adrogé est devenu fils de famille; son ancienne personnalité n'a disparu qu'au moment où la nouvelle l'a remplacée; dans cette substitution instantanée l'adrogeant a acquis de lui tout ce qu'il pouvait en acquérir comme père.

Ainsi se comble le vide, ainsi s'opère une sorte de succession par universalité (*alterius generis per universitatem successio*), qui se règle non par les principes de la succession en l'hérédité d'une personne défunte, mais par les principes de l'acquisition au moyen de la puissance paternelle.

Parmi les droits que la disparition de la personne civile de l'adrogé laisserait en vacance s'il n'y était pourvu, ceux qui sont susceptibles d'être acquis au nouveau chef adrogeant en vertu de sa puissance paternelle passent immédiatement même à cet adrogeant; de telle sorte que la vacance, aussitôt comblée que faite, n'a pas existé : il y a eu succession.

Ceux qui ne sont pas de nature à devoir être acquis à cet adrogeant demeurent éteints faute de personne qui les soutienne.

Quant à ceux qui tiennent à la personne publique, ou à la personne physique, de droit naturel, ils continuent de résider en l'adrogé, sans qu'il y ait lieu à succession, puisque ces deux sortes de personnalités n'ont pas disparu.

1148. Cela posé, on voit qu'il y a à distinguer :

1° Les droits qui périssent complétement, ne devant ni rester en l'adrogé ni passer à l'adrogeant. De ce nombre sont : — l'agnation, la gentilité, le patronage, les tutelles qui en dépendent

---

(1) DIG. 4. 5. *De capite minutis*. 6. fr. Ulp.

(t. II, nos 208, 253, et ci-dess., n° 1049); — l'usufruit, l'usage (t. II, n° 488, et liv. 2, tit. 5, princip.); certaines créances, parmi lesquelles celles des services auxquels s'est engagé par serment un affranchi (*operarum liberti obligationes*) (ci-après, n° 1150), et celle résultant d'une adstipulation (ci-dessous, liv. 3, à la suite du tit. 19) (1); enfin les dettes ou obligations de droit civil privé, par la raison que nous allons développer ci-après (n° 1152).

2° Les droits qui restent en l'adrogé. De ce nombre sont : les *justæ nuptiæ;* la puissance éventuelle ou de seconde main sur les enfants que l'adrogé apporte avec lui dans la famille de l'adrogeant; la cognation; les tutelles testamentaires datives ou déférées par des lois nouvelles en considération de liens naturels (tome II, nos 105, 216, 253); — les droits d'habitation, ou ceux aux travaux d'un esclave (*operarum servi*) (t. II, nos 504 et 505); — ceux relatifs au *peculium castrense* ou *quasi-castrense,* car la personnalité du fils à l'égard de ces pécules étant indépendante de celle du père, telle l'adrogé l'avait avant son adrogation, telle il la conserve après; — les créances qui tiennent à la personne naturelle, nous en avons donné les principaux exemples (tome II, n° 208); — de même pour les dettes ou obligations (*ibid.*).

3° Enfin, les droits qui passent à l'adrogeant, dont l'ensemble, par conséquent, forme l'objet de l'espèce de succession *per universitatem* dont il s'agit en notre titre. Ces droits sont tous ceux qui, appartenant au droit privé, ne rentrent ni dans la première ni dans la seconde des catégories que nous venons de signaler. Notamment : — les droits de puissance paternelle non-seulement sur l'adrogé, mais aussi sur la femme et sur les enfants que cet adrogé avait *in manu* ou *in potestate;* — tous les droits de propriété, de servitudes prédiales, d'hypothèques ou autres droits réels et de créance qui sont de nature à être acquis par un fils à son père en vertu de la puissance paternelle; — mais non les dettes, parce qu'un fils n'oblige pas un père directement par ses actes.

1149. Sur plusieurs des points que nous venons de parcourir, la législation de Justinien a apporté diverses modifications dont les principales nous sont déjà connues, et qui sont résumées dans les paragraphes de notre titre.

1150. *Sese in adrogationem dat.* Le cas de l'adrogation n'était pas le seul dans l'ancien droit. Gaius met ici sur le même rang celui de la femme qui passe *in manum viri* (cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit: la femme *sui juris* bien entendu). Dans l'un et l'autre cas il y avait en ces

(1) Gaius (3. § 83) parle aussi d'une créance résultant d'un *legitimum judicium;* l'altération du manuscrit ne permet pas de la préciser avec certitude. Cette particularité tenait, sans doute, au caractère spécial du *legitimum judicium.*

personnes changement de personnalité civile, et au profit du chef de famille qui acquérait le droit de puissance sur elles, acquisition universelle de tous leurs biens corporels ou incorporels, suivant les règles que nous venons d'exposer (1).

*Operarum obligationes.* Nous avons expliqué (tome II, n° 80) quelle était la nature de ces obligations de travaux que l'affranchi contractait quelquefois envers le patron, pour prix de son affranchissement. Ils étaient dus exclusivement au patron, et, par conséquent, ils s'évanouissaient si ce patron passait au pouvoir d'autrui.

*Jus agnationis.* Le droit d'agnation, et les avantages qu'il aurait pu produire au profit de celui qui se donnait en adrogation, s'évanouissaient par cette adrogation, puisqu'elle emportait diminution de tête. Il en était de même des droits de patronage (Gaius, 3, § 51), et jadis de la gentilité.

*Usus etenim et ususfructus.* Ils s'éteignaient aussi par la petite diminution de tête : aussi Gaius les compte-t-il au nombre des choses qui ne pouvaient passer à l'adrogeant (2). Nous avons déjà vu (tome II, n° 488) les changements apportés à cet égard par Justinien : l'usage ni l'usufruit ne périssent plus par la petite diminution de tête. En conséquence, ils passent à l'adrogeant.

**II.** Nunc autem nos eandem adquisitionem quæ per adrogationem fiebat coarctavimus ad similitudinem naturalium parentium. Nihil etenim aliud *nisi tantummodo ususfructus*, tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familias adquiritur in iis rebus quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. *Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium* ejus ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ quæ ex constitutione nostra patrem, in iis quæ adquiri non possunt, antecedunt.

**2.** Mais aujourd'hui nous avons restreint l'acquisition qui avait lieu par adrogation dans les mêmes limites que celle des pères naturels. En effet, les pères, soit naturels, soit adoptifs, n'acquièrent plus sur les choses provenant aux fils de famille d'une source étrangère, *que l'usufruit seulement,* la propriété restant réservée aux enfants. Cependant, *si le fils adrogé meurt dans la famille adoptive, la propriété elle-même* passe à l'adrogeant, à moins qu'il ne survive quelqu'une de ces personnes qui, d'après notre constitution, sont préférées au père, sur les choses non susceptibles de lui être acquises.

1151. *Nisi tantummodo ususfructus.* Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit (tome II, n°s 610 et suiv.) relativement aux acquisitions que fait le chef par ses fils de famille, et aux différents pécules; car cela est applicable au père adrogeant aussi bien qu'au père naturel. D'où il suit que l'adrogé n'apporte plus à l'adrogeant que l'usufruit des biens qu'il a au moment de l'adrogation.

*Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium.* Il s'agit alors de la succession du fils adrogé, et il faut y appliquer, relativement aux droits du père adrogeant, ce que

---

(1) Gai. Comm. 3. §§ 82 et 83. — (2) *Ib.*

nous avons dit ci-dessus (nos 1029 et suiv.) des droits du père, chef de famille, dans la succession de son fils prédécédé.

III. Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur; sed nomine filii convenietur. Et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

3. A l'inverse, l'adrogeant n'est pas tenu, selon le droit civil, des dettes de l'adrogé, mais il peut être actionné au nom de son fils. Et s'il se refuse à le défendre, les créanciers obtiennent de nos magistrats compétents l'autorisation de posséder les biens qui auraient appartenu au fils s'il ne s'était pas soumis au pouvoir d'autrui, l'usufruit compris, et d'en disposer suivant les règles établies.

1152. C'était ici, en ce qui concerne les dettes, que le changement de personnalité de l'adrogé par suite de l'adrogation produisait ses effets les plus singuliers, et certainement des effets iniques à l'encontre des tiers qui allaient en être victimes. — Tandis qu'en ce qui concerne les créances, la personne civile qui avait existé jadis chez l'adrogé disparaissant, le père adrogeant en prenait immédiatement la place, qu'il y avait à cet égard succession *per universitatem*, et que l'adrogeant pouvait désormais exercer, en qualité de successeur, les actions et faire valoir tous les droits attachés à ces créances : pour les dettes il n'en était pas de même. La succession conférée à l'adrogeant étant régie non par les principes de l'hérédité en cas de mort, mais par ceux de l'acquisition en vertu de la puissance paternelle, et les principes de cette acquisition étant que les pères pouvaient bien acquérir des créances par les fils soumis à leur pouvoir, mais qu'ils ne pouvaient être obligés directement par eux, il en résultait que les dettes antérieures de l'adrogé ne passaient pas au père adrogeant, et que, la personne du droit civil privé passible de ces dettes ayant disparu sans remplacement, les créanciers n'avaient plus de débiteur : ni l'adrogé, car il n'était plus la même personne civile (« per capitis deminutionem liberantur ; — desinit jure civili debere nobis ») (1) ; ni l'adrogeant, car il n'avait pas succédé pour ce point à l'ancienne personne civile de l'adrogé, désormais éteinte. La dette s'évanouissait non par elle-même, mais faute de débiteur.

1153. En présence d'un résultat aussi inique divers remèdes furent apportés. — La jurisprudence civile avait bien admis que l'adrogé demeurait obligé naturellement (*manent obligati naturaliter*) (2).

(1) Gai. 3. § 84, et 4. § 38. — (2) Dig. 4. 5. *De capit. minut.* 2. § 2. f. Ulp. : « Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserant, manent obligati naturaliter. » — La suite de ce paragraphe parle d'une restitution qui serait accordée quelquefois (*interdum*) même pour des contrats postérieurs à la petite diminution de tête, en ayant soin de dire que cela n'est pas applicable au cas d'adrogation. L'hypothèse n'a pas été sans embarras pour les interprètes du Digeste avant les notions que nous a fournies Gaius. M. de Savigny l'entend, avec raison, des contrats qui, dans les adoptions

— Mais le préteur apporta aux créanciers des secours encore plus efficaces, qui purent leur servir tant contre l'adrogé que contre l'adrogeant lui-même jusqu'à concurrence du moins, contre celui-ci, des biens que lui avait apportés l'adrogé. — En effet, le préteur, par une sorte de restitution (1), qui n'avait besoin d'être appuyée sur aucun autre motif que celui du changement d'état (*sive per status mutationem*), et qui avait cela de particulier que la demande pouvait en être formée en tout temps, sans limitation de délai (*hoc judicium perpetuum est*) (2), accordait aux créanciers contre l'adrogé (*in eum eamve*) une action utile, sous la forme de celles qu'on appelait *actions fictices* : c'est-à-dire une action dans laquelle le préteur, restituant le créancier contre la petite diminution de tête (*rescissa capitis deminutione*), construisait la formule sur l'hypothèse de ce qu'il y aurait à faire si cette petite diminution de tête n'avait pas eu lieu. Nous avons dans le Digeste le texte de l'édit qui promettait cette action (3), et dans Gaius l'indication de la formule fictice qui y était employée (4).

Mais comment les créanciers arrivaient-ils ainsi jusqu'à l'adrogeant, devenu propriétaire de la fortune de l'adrogé? Gaius nous apprend encore que si cet adrogé n'était pas défendu contre l'action dont nous venons de parler (*et si adversus hanc actionem non defendantur*), de manière à donner garantie aux créanciers, le préteur envoyait ceux-ci en possession des biens apportés par l'adrogé à l'adrogeant, avec droit de les faire vendre suivant les formes voulues (5). — Pour l'époque de Justinien notre paragraphe répète la même chose, avec cette différence que c'est l'adrogeant qui y figure comme attaqué au nom de son fils (*nomine filii convenietur*).

| TITULUS XI. | TITRE XI. |
|---|---|
| DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR (6). | DE CELUI A QUI IL EST FAIT ADDICTION DES BIENS EN FAVEUR DES AFFRANCHISSEMENTS. |
| Accessit novus casus successionis ex | Un nouveau cas de succession fut |

ou émancipations au moyen de ventes simulées, auraient pu être fait en un des intervalles pendant lesquels le futur adopté ou émancipé se trouvait *in mancipii causa* (t. 2. n°ˢ 211 et 212), par des personnes ignorant cet état, et dont le préteur trouverait l'ignorance excusable. — (1) Dig. 4. 1. *De in integrum restitutionibus*. 2. f. Paul : « Sive per status mutationem. » — Paul. *Sentent.* 1. 7. *De integri restitutione*, § 2 : « Et status mutationem. » — (2) Dig. 4. 5. *De capit. minut.* 2. § 5. f. Ulp. — (3) *Ibid.* § 1 : « Ait prætor : qui quæve posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit judicium dabo. » — (4) Gai. 4. § 38 : « Sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. » — (5) Gai. 3. § 84 : « Quia (scilicet) per capitis deminutionem liberantur, tamen in eum eamve civilis (il faut lire *utilis*) actio datur, r(escissa) capitis deminutione : et si adversus hanc actionem non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus prætor permittit. » — (6) Les mots

constitutione divi Marci. Nam si ii qui libertatem acceperunt a domino in testamento ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici, libertatum conservandarum causa, audiuntur.

introduit par une constitution du divin Marc-Aurèle : car si des esclaves affranchis par leur maître dans un testament qui reste sans adition d'hérédité, demandent qu'on leur fasse addiction des biens, pour conserver les affranchissements, cette demande est écoutée.

1154. Le genre de succession universelle dont il s'agit ici, bien que se rapportant à une hérédité, n'a pas lieu par droit héréditaire, il a lieu par addiction (*bona sibi addici*). L'hérédité se trouvant en déshérence, parce que, étant onéreuse, personne ne veut l'accepter : d'un côté, les créanciers se feraient envoyer en possession des biens du défunt et les feraient vendre ; de l'autre, toutes les libertés laissées par le testament tomberaient faute d'héritier testamentaire acceptant. C'est dans cette situation que s'applique le rescrit de Marc-Aurèle, dont le paragraphe suivant nous donne le texte. Un certain Virginius Valens était mort, laissant par testament la liberté à plusieurs de ses esclaves ; aucun héritier testamentaire, ni aucun héritier *ab intestat*, n'existait ou ne voulait accepter : alors un des esclaves affranchis, nommé Popilius Rufus, demanda que les biens lui fussent donnés par addiction, à la charge par lui de payer les créanciers et de conserver aux autres esclaves affranchis la liberté qui leur avait été léguée. L'empereur Marc-Aurèle lui répondit dans les termes suivants :

I. Et ita divi Marci rescripto ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent : « Si Virginio » Valenti, qui testamento suo libertatem » quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa » bona ejus esse cœperunt ut veniri » debeant; is cujus de ea re notio est, » aditus, rationem desiderii tui habebit, » ut libertatum, tam earum quæ directo » quam earum quæ per speciem fidei» commissi relictæ sunt, tuendarum gra» tia addicantur tibi, *si idonee creditoribus caveris* de solido quod cuique » debetur solvendo. Et ii quidem quibus directa libertas data est, perinde » liberi erunt ac si hereditas adita esset. » Ii autem quos heres manumittere rogatus est, a te libertatem consequan» tur : ita ut si non alia conditione velis » bona tibi addici, quam ut etiam qui » directo libertatem acceperunt, tui » liberti fiant. Nam huic etiam voluntati

1. Telle est la disposition d'un rescrit du divin Marc-Aurèle à Popilius Rufus. Les termes en sont ainsi conçus : « Si » Virginius Valens, qui a donné, par son » testament, la liberté à certains escla» ves, ne laissant aucun successeur *ab* » *intestat*, ses biens sont dans une telle » situation qu'ils doivent être vendus, » adresse au magistrat compétent la » demande qu'il te soit fait addiction » de ces biens, pour conserver les af» franchissements, tant ceux laissés di» rectement que ceux laissés par fidéi» commis ; et ce magistrat y aura égard, » si tu donnes aux créanciers bonne » caution pour le payement intégral » de ce qui est dû à chacun. Ceux à » qui la liberté a été laissée directe» ment seront libres comme s'il y avait » eu adition d'hérédité, et ceux que » l'héritier était prié d'affranchir rece» vront de toi la liberté : à moins que » tu ne veuilles te charger de l'addic-

adjudication, adjuger, employés ici dans quelques traductions, sont inexacts : il s'agit d'addiction, faite par le magistrat ; et non d'adjudication, faite par le juge.

» tuæ, *si ii quorum de statu agitur* » *consentiant*, auctoritatem nostram » accommodamus. Et ne hujus rescrip- » tionis nostræ emolumentum alia ratione » irritum fiat, si fiscus bona agnoscere » voluerit, et ii qui rebus nostris atten- » dunt, scient commodo pecuniario » præferendam libertatis causam et ita » bona cogenda ut libertas iis salva sit, » qui eam adipisci potuerunt si hereditas » ex testamento adita esset. »

» tion des biens à aucune autre con- » dition que d'avoir pour tes affran- » chis même ceux auxquels la liberté » a été laissée directement. Car *si ceux* » *dont l'état est en question acquies-* » *cent à cette volonté de ta part*, nous » y donnons aussi notre autorisation. » Et pour que le bienfait de notre » rescrit ne soit point rendu inutile » par un autre motif : si le fisc voulait » accepter les biens, que les préposés » de nos domaines sachent que l'intérêt » de la liberté est préférable à un avan- » tage pécuniaire, et que les biens ne » doivent être recueillis qu'à charge » de conserver la liberté à ceux qui au- » raient pu l'acquérir s'il y avait eu » adition d'hérédité en vertu du testa- » ment. »

1155. Nous voyons par ce paragraphe :

1° Que celui qui obtient l'addiction des biens doit donner aux créanciers des garanties : caution, gage ou simple promesse (1);

2° Qu'il est, par rapport aux esclaves affranchis par testament, à la place de l'héritier testamentaire : les affranchis directement seront *liberti orcini*, il n'aura pas sur eux le droit de patronage; les affranchis par fidéicommis seront ses affranchis, et il aura sur eux les droits d'un patron;

3° Qu'il peut mettre pour condition à la demande qu'il fait de l'addiction des biens que les esclaves affranchis directement ne seront pas affranchis *orcini*, mais bien ses affranchis à lui, soumis à ses droits de patronage; mais que, pour cela, il faut le consentement des esclaves dont il s'agit : *si ii quorum de statu agitur consentiant;*

4° Enfin, qu'à défaut de toute personne qui demande l'addiction des biens, le fisc, s'il veut prendre ces biens, est chargé de conserver et de mettre à effet toutes les libertés laissées par le défunt.

1156. Ce paragraphe et le précédent supposent toujours que c'est un des esclaves affranchis par le défunt qui demande que l'addiction lui soit faite. En effet, ce cas fut le premier qui se présenta, et il était le plus naturel, parce que cet esclave, à l'aide d'un sacrifice pécuniaire pour satisfaire les créanciers, trouvait le moyen de se conserver la liberté qui lui avait été laissée par son maître, et d'obtenir les droits de patronage sur les autres esclaves affranchis. Mais nous voyons, par une constitution de l'empereur Gordien, que le rescrit de Marc-Aurèle doit être étendu également au cas où la demande d'addiction serait faite par un étranger (2).

(1) D. 11. 4. 4. § 8. fr. Ulp. — (2) Cod. 7. 2. 6.

II. Hoc rescripto subventum est et libertatibus, et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

2. Par ce rescrit on est subvenu et aux affranchissements, et aux défunts, pour empêcher que leurs biens ne soient possédés par les créanciers et vendus; car, certainement si cette espèce d'addiction a été faite, il n'y a plus lieu à la vente des biens : en effet, il existe un défenseur du défunt, et un défenseur idoine, qui garantit aux créanciers l'intégralité de leurs droits.

1157. Ce paragraphe nous explique le double but qui a fait admettre ce genre de succession; savoir : en premier lieu, de conserver les affranchissements laissés par le défunt; en second lieu, d'éviter à sa mémoire la vente des biens, faite sous son nom par les créanciers, par suite de la déshérence, vente qui aurait, comme nous l'avons vu, constitué la mémoire du défunt en une sorte de faillite déshonorante. Du reste, tout le monde se trouvait désintéressé : nul héritier ne pouvait se plaindre, puisqu'il n'y en avait aucun, ni testamentaire, ni *ab intestat;* les esclaves affranchis conservaient le bénéfice de leur affranchissement, et les créanciers recevaient bonne caution d'être payés intégralement. Celui qui recevait cette addiction des biens faisait donc plus que n'aurait fait l'acquéreur qui se serait porté acheteur dans la vente des biens, opérée par les créanciers. En effet, celui-ci n'aurait eu que son prix à payer : la mémoire du défunt n'aurait pas été épargnée, les libertés n'auraient pas été conservées, et les créanciers n'auraient pas été satisfaits intégralement. Addiction pour addiction, il valait donc mieux la première que la seconde.

III. In primis hoc rescriptum toties locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? *Favor constitutionis* debebit locum habere. Certe si testatus decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam *neminí dubium* est.

3. Et d'abord, ce rescrit est applicable si, toutefois, des libertés ont été laissées par testament. Que décider, par conséquent, si quelqu'un mourant intestat a affranchi par codicille, et que l'hérédité ab intestat soit restée sans adition? On étendra à ce cas *la faveur de la constitution*. Certainement, s'il est mort testat, laissant la liberté par codicilles, *personne ne doute* que ce ne soit le cas de la constitution.

IV. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quandiu incertum erit utrum existat an non, cessabit constitutio. Si certum esse cœperit (neminem extare), tunc erit constitutioni locus.

4. La constitution, d'après ses termes mêmes, ne s'applique qu'autant qu'il n'existe aucun successeur ab intestat. Ainsi, tant qu'il sera incertain s'il en existera ou non, la constitution restera inapplicable. Mais du moment qu'il deviendra certain qu'il n'y en aura aucun, il y aura lieu de l'appliquer.

1158. Il est évident que, pour que l'addiction soit admissible et remplisse son double but, il faut deux conditions : 1° que des libertés aient été laissées par le défunt, soit par testament, soit

par codicilles; 2° que sa succession se trouve en déshérence. Si, à défaut des héritiers testamentaires, il se trouvait quelque héritier *ab intestat* acceptant, cet héritier succédant au défunt, l'addiction cesserait d'avoir lieu, et l'héritier *ab intestat* ne serait pas grevé des affranchissements, qui se seraient évanouis avec le testament.

*Favor constitutionis* (§ 3). C'est ici une extension favorable de la constitution de Marc-Aurèle, puisqu'il ne s'agit pas d'hérédité testamentaire, mais seulement d'une hérédité *ab intestat* grevée d'affranchissements par codicilles.

*Nemini dubium est* (§ 3). Parce qu'il n'y a ici que la stricte application de la constitution; en effet, les codicilles se rattachent au testament qui existe, et en font partie accessoire.

V. Si is qui in integrum restitui potest *abstinuerit* se hereditate, *quamvis potest in integrum restitui*, potest admitti constitutio et bonorum addictio fieri. Quid ergo si, post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique *non erit dicendum revocari libertates*, quia semel competierunt.

5. Si quelqu'un qui est susceptible d'être restitué en entier *s'est abstenu* de l'hérédité, on peut, *quoiqu'il y ait possibilité de restitution*, admettre la constitution et faire l'addiction des biens. Que décider, par conséquent, si, après l'addiction faite pour conserver les affranchissements, il survient une restitution en entier? De toute manière *on ne pourra pas prétendre que les libertés se trouvent révoquées*, parce qu'une fois données, elles sont irrévocables.

1159. *Abstinuerit*. Nous voyons par là que l'abstention d'un héritier nécessaire suffirait pour que l'addiction dont il s'agit ici pût avoir lieu; en effet, cette abstention suffirait, comme nous le savons, pour laisser la mémoire du défunt exposée à la vente des biens sous son propre nom, par les créanciers.

*Quamvis potest in integrum restitui*, étant mineur de vingt-cinq ans.

*Non erit dicendum revocari libertates*. On suppose que cet héritier, qui s'est fait restituer contre son abstention ou contre son refus, était héritier *ab intestat*. Si, faute d'héritier testamentaire, il avait accepté de prime abord, les libertés qui ne grevaient que l'hérédité testamentaire se seraient évanouies, et il n'en aurait pas été chargé. Mais, sur son abstention ou sur son refus, l'addiction ayant eu lieu et les libertés ayant été mises à effet, elles ne peuvent plus être révoquées. C'est un préjudice qu'il doit supporter.

VI. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates, vel mortis causa, et ne de hoc quæratur utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco

6. Cette constitution a été introduite pour maintenir les affranchissements; si donc on n'en a fait aucun, elle cesse d'être applicable. Que décider, par conséquent, si quelqu'un a donné des libertés entre-vifs ou pour cause de mort, et que les affranchis, pour empêcher qu'on

velint sibi addici bona : an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

ne recherche si ces affranchissements ont eu lieu en fraude des créanciers ou non, demandent l'addiction des biens! cette demande doit-elle être accueillie? Il faut décider qu'elle doit l'être, bien que ce soit hors des termes de la constitution.

1160. Justinien étend la constitution de Marc-Aurèle même aux affranchissements que le défunt aurait faits entre-vifs ou par donation à cause de mort, et qui seraient par conséquent indépendants de l'existence ou de la non-existence de tout héritier, mais que les créanciers voudraient faire annuler comme faits en fraude de leurs droits, ainsi que nous l'avons expliqué (tome II, n° 70 et suiv.). Un de ces affranchis, ou même un étranger, peut alors obtenir l'addiction des biens, à la charge de satisfaire aux créanciers et de conserver les affranchissements.

VII. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum : quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

7. Mais comme nous avons reconnu de nombreuses lacunes dans cette constitution, nous en avons publié une très-étendue, dans laquelle nous avons réuni plusieurs espèces qui complètent la législation sur ce genre de succession, et dont chacun peut prendre connaissance par la lecture même de la constitution.

C'est la constitution 15, au tit. 2 du liv. 7 du Code de Justinien.

## TITULUS XII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM, ET EX S.-C. CLAUDIANO.

Erant ante prædictam successionem olim et aliæ per universitatem successiones : qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat *quando judicia ordinaria in usu fuerunt*. Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt; et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et prout utile eis visum fuerit ea disponere : quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

## TITRE XII.

DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES, QUI AVAIENT LIEU PAR LA VENTE DES BIENS, OU EN VERTU DU S.-C. CLAUDIEN.

Il y avait encore autrefois, avant la succession dont nous venons de parler, d'autres successions par universalité : de ce nombre était la vente des biens, qui avait été introduite pour parvenir, avec de nombreuses formalités, à vendre les biens d'un débiteur, et qui avait lieu dans le temps *où la procédure ordinaire était en usage*. Mais plus tard, comme la procédure extraordinaire s'établit, les ventes de biens tombèrent avec les instances ordinaires; et depuis, les créanciers obtiennent seulement, par l'office du juge, l'autorisation de posséder les biens et d'en disposer comme ils le jugent utile, ainsi qu'on le verra plus clairement dans les livres plus étendus du Digeste.

1161. Gaius, et surtout Théophile, dans sa paraphrase de notre texte, nous donnent des détails circonstanciés sur ce genre de succession universelle. Nous avons aussi un plaidoyer de Cicéron dans une cause de cette nature : le plaidoyer *pro Quintio*, un des

débuts de l'orateur, qui n'avait alors que vingt-six ans (1). De telle sorte que, dans l'ordre chronologique, Cicéron, Gaius et Théophile sont nos auteurs principaux sur ce point.

1162. Ces envois en possession, ces ventes, ces successions universelles, qui ont lieu à la poursuite et pour la satisfaction des créanciers, sont d'institution prétorienne. « *Recita edictum*, » dit Cicéron à son adversaire, et il se met à citer les premiers cas énumérés dans l'édit, pour s'arrêter à celui qui concerne sa cause (2). L'énumération que nous donne Gaius est la même, à peu de chose près, que celle de Cicéron, avec quelques additions : elle n'est pas donnée d'ailleurs comme complète. « La vente des biens, dit Gaius, pouvait avoir lieu soit contre les vivants, soit contre les morts ; — contre les vivants : par exemple, lorsqu'un débiteur se cache frauduleusement (*qui fraudationis causa latitant*) ; lorsqu'absent il n'est pas défendu (*nec absentes defenduntur*) ; lorsqu'il fait cession de biens en vertu de la loi Julia ; ou lorsque, condamné judiciairement, il ne s'est pas exécuté dans le délai qui lui était accordé partie par la loi des Douze Tables, partie par l'édit du préteur. Ce délai est l'espèce de trêve ou d'armistice légal de trente jours, que la loi des Douze Tables accordait au débiteur avant la mainmise (*manus injectio*) sur sa personne, afin qu'il cherchât à s'acquitter durant cet intervalle (tome I, *Hist.*, p. 101, tab. 3, § 1.) : délai que l'édit du préteur avait permis sans doute de proroger suivant les circonstances. — Contre les morts : par exemple, lorsqu'il est certain que le défunt n'a ni héritier, ni possesseur des biens, ni aucun autre successeur légal (3). »

1163. Le magistrat qui passe pour avoir introduit le premier cette institution dans l'édit est un préteur, Publius Rutilius : origine qui n'avait pas encore une grande ancienneté à l'époque de Cicéron (4). Quelles que fussent les rigueurs de l'envoi en possession et de la vente universelle des biens, ces voies d'exécution prétorienne contre le débiteur furent un adoucissement aux rigueurs plus grandes de l'exécution contre la personne d'après le droit primitif (tome I, *Hist.*, nos 118 et 141. — *Génér.*, nos 56 et 259). Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'elles en furent comme une imitation. Pour en bien saisir le caractère il faut comprendre que c'est ici l'universalité du patrimoine, l'ensemble des biens et des droits actifs ou passifs, la représentation ou succession universelle,

(1) C'est ce que nous apprend Aulu-Gelle, liv. 15. ch. 28. — (2) « Qui fraudationis causa latitarit ;... cui heres non extabit ;... qui exsulii causa solum verterit ;... qui absens judicio defensus non fuerit. » (Cicér. *Pro Quint.* § 19). — (3) Gai. 3. §§ 77 et 78.

(4) Gai. 4. § 35 : « Ex prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur. » — Tite-Live (liv. 45. § 44) parle d'un Publius Rutilius Calvus, préteur en 586 ; et Cicéron (*De oratore*, 2. § 69, et encore ailleurs), d'un Publius Rutilius, plus rapproché de lui, consul en 649. On peut hésiter entre l'un ou l'autre.

en un mot la personnalité juridique du débiteur, qui est mise en vente et transmise à l'acheteur, comme l'était, d'après le droit primitif, sa personne corporelle. Nous aurons occasion de montrer plus en détail, quand nous traiterons des voies d'exécution (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, à la fin de l'exposé du système formulaire), jusqu'où le droit prétorien avait poussé cette assimilation quant aux formes et quant aux délais. Mais pour le fonds même, ce n'est qu'en remontant à cette assimilation qu'on peut se rendre compte suffisamment de certains effets qui étaient produits par cette vente ou par les opérations qui la précédaient.

1164. « Les créanciers, après s'être réunis en assemblée, nous dit Théophile, s'adressaient au préteur, qui les envoyait en possession des biens de leur débiteur : » voilà le premier décret du préteur. Cette *missio in possessionem* que le préteur accorde sur les biens, après l'armistice légal (ci-dessus, n° 1162), répond à la *manus injectio* ou mainmise de l'ancien droit civil sur la personne. La possession dont il s'agit n'est qu'une possession à titre de garde, de sûreté (*rei servandæ causa*); elle autorise néanmoins les créanciers à administrer, à faire les actes conservatoires, soit par eux-mêmes, soit par un ou plusieurs curateurs qu'il choisissent à cet effet. La possession doit se continuer avec ce caractère durant trente jours continus contre les vivants, quinze contre les morts, nous dit Gaius (1) : après quoi, la procédure entre dans une phase plus rigoureuse. Cette première condition, que les biens aient été possédés durant trente jours depuis l'envoi accordé par le préteur, joue un grand rôle dans le plaidoyer de Cicéron pour Quintius.

1165. Ce délai expiré, commence la seconde phase de la procédure, dont les mesures principales sont : — l'affiche dans les lieux publics les plus fréquentés (*proscriptio*) de la vente future des biens; — la nomination d'un syndic (*magister*), chargé du soin de cette vente. — Le règlement et la publication par affiches nouvelles de la loi, autrement dite des conditions de la vente (*lex bonorum vendendorum*); en style moderne, du cahier des charges.

La première affiche, annonçant la vente (*proscriptio*), d'après le modèle que nous en donne Théophile, était ainsi conçue : « Les biens d'un tel, notre débiteur, doivent être vendus; nous, ses créanciers, nous poursuivons la vente de son patrimoine; que quiconque veut acheter se présente. » Il résulte du texte de Gaius (voir à la note précédente) que l'ordre autorisant cette *proscriptio* était compris dans le premier décret du préteur, celui accordant l'envoi en possession, de telle sorte qu'une fois la possession continuée durant trente jours, la faculté pour les créanciers de

(1) Gai. 3. § 79 : « Si quidem vivi bona veneant, jubet ea prætor per dies XXX continuos possideri, t(um) proscribi; si vero mortui, post dies XV. »

faire cette *proscriptio* allait de soi (*jubet ea prætor per dies XXX continuos possideri, tum proscribi*). — *Pro-scribere, pro-scriptio*, dans sa racine philologique, n'indique autre chose que l'écriture ostensiblement produite en public ; de même, en des idées analogues, que *pro-férer, pro-clamer, pro-mulguer*. C'est parce que, dans les luttes civiles, se publiaient ainsi par affiches les noms de ceux qui étaient frappés par le vainqueur, et dont les biens étaient confisqués et vendus en masse au profit du trésor public, que ces mots de *proscrit* et de *proscription* ont pris le sens sous lequel ils nous sont uniquement connus aujourd'hui.

Pour la nomination du *magister*, il fallait, d'après ce que nous lisons dans Gaius et dans Théophile, un nouveau décret du préteur qui autorisât les créanciers à se réunir et à la faire (1) : second décret dans l'ordre de ces poursuites. Le *magister* était chargé principalement de provoquer, de recevoir les offres de ceux qui se proposaient d'acheter, d'apprécier jusqu'où pourraient aller celles qui présenteraient le moins de pertes pour les créanciers sur leurs créances, afin de dresser en conséquence la loi de la vente. Les voilà établis comme des maîtres qui prononcent, dit en son image énergique Cicéron, sous quelles lois et à quelles conditions le débiteur va périr (2); c'est-à-dire sa personnalité juridique va être détruite en lui, et sa succession donnée de son vivant à un autre.

La fixation de la loi de la vente ne pouvait être faite, suivant le récit de Théophile, qu'en vertu d'un nouveau décret du préteur, qui était le troisième dans le cours de cette procédure. La publication en avait lieu par une déclaration qui s'ajoutait à l'annonce de la vente des biens, sur le modèle suivant donné en exemple par Théophile : « Quiconque voudra les acheter devra répondre à chaque créancier de la moitié de sa créance ; de sorte que celui à qui il est dû cent sous d'or en reçoive cinquante, et celui à qui il en est dû deux cents en reçoive cent. » Après l'expiration du délai voulu à partir de cette dernière publication, la procédure arrivait à sa dernière phase.

1166. Le patrimoine entier du débiteur était transféré par addiction du magistrat (*addicebatur*) à celui dont les enchères offraient les meilleures conditions pour les créanciers, et qui se trouvait ainsi *bonorum emptor*.

1167. La manière dont se divisait, entre les diverses opérations que nous venons de parcourir, le délai total au bout duquel pouvait avoir lieu l'addiction des biens, n'est indiquée d'une manière précise ni par Gaius ni par Théophile. Mais, en bloc,

(1) Gai. 3. § 79 : « Postea jubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant. » — (2) Cicéron, *Pro Quintio*, § 15 : « Huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur, cui magistri fiunt, et domini constituuntur, qui qua lege et qua conditione pereat pronuntient. »

nous voyons par Gaius qu'à partir du décret autorisant la nomination du *magister* jusqu'à l'addiction des biens, il devait y avoir trente jours quant aux vivants, vingt quant aux morts (1). Ces trente jours joints aux trente jours de possession continue qui avaient dû précéder, recomposent, au total, les soixante jours imposés par l'ancien droit civil pour arriver de la mainmise sur le débiteur à la vente de sa personne (tome I, *Hist.*, p. 102, tab. 3, §§ 5 et 6; et n° 118). Le préteur suit toujours son analogie.

**1168.** Gaius et Théophile s'accordent pour nous dire que l'acheteur des biens dont il s'agit ici n'est pas un successeur suivant le droit civil; il n'est qu'un successeur prétorien. Il n'acquiert pas sur les biens la propriété romaine (*dominium ex jure Quiritium*); il les a seulement *in bonis*. Les actions actives ou passives du débiteur auquel il succède ne lui sont pas déférées ou ne sont pas données contre lui directement; elles ne le sont que sous une forme prétorienne, comme actions utiles : de même qu'il en arrive, en fait d'hérédité, à l'égard du *possesseur des biens* (2). Deux formes d'action avaient été imaginées à cet effet : l'une, dont le mécanisme, fort ingénieux, avait été employé aussi à quelques autres usages, remonte au préteur par lequel la vente des biens avait été introduite dans l'édit, et se nomme, à cause de cela, action Rutilienne (ci-dessus, n° 1163); l'autre, d'un emploi plus général encore, est une action fictice construite sur l'hypothèse de ce qu'il y aurait à faire si l'*emptor bonorum* était héritier (3). Bien entendu que cet acheteur des biens n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de la quote-part (en termes modernes, le tant pour cent ou le dividende) dont il s'est chargé par ses enchères.

**1169.** Celui dont l'universalité des biens avait été ainsi vendue était frappé d'infamie (4). Les effets de l'infamie, dans l'ordre public, étaient de le rendre incapable comme indigne de tous honneurs ou dignités (5), en termes techniques, perte du *jus*

(1) GAI. 3. § 79. — (2) GAI. 3. §§ 80 et 81; — THÉOPHILE, *hic*. — (3) GAI. 4. § 35. — (4) CICÉR. *Pro Quintio*, particulièrement au § 15. — GAI. 2. § 154 : « Ignominia quæ accedit ex venditione bonorum. » C'était pour éviter cette infamie légale, qui atteignait même la mémoire des personnes dont les biens étaient ainsi vendus après leur mort, que les maîtres mourant insolvables instituaient un esclave nécessaire (tome I, *Génér.* n° 74, et tome II, n° 73) : et, malgré les controverses soulevées à ce sujet par Sabinus, cet esclave, héritier nécessaire, sous le nom duquel les biens étaient vendus, était frappé de l'infamie (GAI. *ibid.*). — Dans le cas de vente après cession de biens, l'infamie n'avait pas lieu : « Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt. » (COD. 2. 12. *Ex quib. caus. infamia irrog.* 11, const. Alexand.) — (5) CICÉR. *Pro Cluentio*, § 42 : « Turpi judicio damnati, in perpetuum omni honore ac dignitate privantur. » — DIG. 48. 7. *Ad leg. Jul. de vi privata* 1. pr. f. Marcian., parlant de l'infamie qui atteint le condamné en vertu de cette loi, et d'un sénatus-consulte rendu à ce sujet : « Omni honore, quasi infamis, ex senatus-consulto carebit. » — COD. 12. 1. *De dignit.* 2. const. Constantin.

*honorum* (tome I, *Hist.*, n° 185); on est même fondé à supposer que le droit de voter dans les comices (*jus suffragii*) était aussi perdu (1). Jusque dans les municipes et dans les autres villes de la province, par rapport aux honneurs et aux dignités locales, cet effet d'indignité était produit : la table d'Héraclée, dans laquelle on a des raisons de voir des fragments de la loi JULIA *municipalis* (tome I, *Hist.*, n°ˢ 305 et 306), en contient la mention expresse (2). A l'époque de Cicéron, une telle exclusion de la vie publique, qui existait encore, était chose assez grave pour justifier l'importance donnée par l'orateur à la cause de Quintius qu'il est chargé de défendre. Il y va de l'*existimatio* de son client, de ce que nous appellerions aujourd'hui une dégradation civique; voilà pourquoi il en fait une cause capitale, il dit si souvent qu'il plaide pour la tête de Quintius (*caput, fama*), que la tête de Quintius est menacée. C'est de là qu'on a été conduit à présenter la *bonorum venditio* comme produisant une *capitis deminutio* : c'est un emploi littéraire et exagéré de l'expression (3), car il n'y a là certainement aucune des trois *capitis deminutiones* des jurisconsultes (tome II, n°ˢ 197 et suiv.). Cicéron est plus exact lorsque dans un autre plaidoyer, parlant de trois autres actions également infamantes, il en indique les effets avec ce correctif : « *pene dicam capitis* », presque, pour ainsi dire, capitales (4). Nous avons un fragment du jurisconsulte Modestin, qui nous avertit textuellement de cet emploi exagéré du mot *capitalis* dans la langue usuelle et littéraire (5).

1170. L'infamie infligeait aussi certaines incapacités de droit privé, dont la principale, qui ne laissait pas d'avoir dans les affaires de plus graves conséquences qu'il ne semble au premier abord, était l'impossibilité de postuler pour autrui (6). — Mais ici, dans le cas de *bonorum venditio*, il se produisait, en outre, un phénomène de droit bien autrement important. Le débiteur était dépouillé, quant au passé, de sa personne juridique, qui périssait en lui et passait à l'acheteur des biens; de son vivant il assistait à sa propre succession. Voilà ce qui dicte à Cicéron

---

(1) Voir le développement de cette opinion dans le Traité de droit romain de M. de Savigny, t. 2, p. 202 et suiv. de la traduct. — (2) « ... Cujusque bona ex edicto ejus qui juri dicundo præfuit, præfuerit... possessa, proscriptave sunt. » — (3) TERTULLIEN. *De spectaculis*, c. 22, à propos de l'infamie dont le droit romain frappait les comédiens, emploie aussi cette expression de *capitis minutio* : « Manifeste damnant ignominia et capitis minutione, arcentes curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus. » — (4) CICÉRON. *Pro Q. Roscio*, § 6 : « Si qua enim sunt privata judicia summæ existimationis, et pene dicam capitis, tria hæc sunt : fiduciæ, tutelæ, societatis. » — (5) DIG. 50. 16. *De verborum significatione*, 103. f. Modest. : « Licet *capitalis* latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio *capitalis* mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. » Nous ne pouvons adopter le sens que M. de Savigny donne à ce *latine loquentibus*. — (6) DIG. 3. 1. *De postulando*, et 2. *De his qui notant. infam.* — PAUL. *Sentent.* 1. 2. § 1. — VAT. J. R. FRAGM. § 324.

tout ce qu'il dit de la mort qui va frapper le débiteur, et de ces avides funérailles qui lui seront faites, sous ses yeux, par les enchérisseurs de sa succession (1). On a reproché de l'emphase à toute cette partie du plaidoyer *Pro Quintio;* mais ceux qui sont initiés aux idées romaines sentiront combien la peinture vigoureuse que fait l'orateur était en harmonie avec ces idées.

Certainement, la pensée de cette mort juridique quant au passé, et des incapacités de droit pour l'avenir dans l'ordre privé, se joint à celle des incapacités dans l'ordre public, pour faire donner par Cicéron à la cause qu'il défend la qualité de cause capitale. Cependant, même dans l'ordre privé, il n'y a pas à voir ici une *maxima capitis deminutio*. La personnalité juridique dont se trouve dépouillé le débiteur par la *bonorum venditio* n'a trait qu'à l'ensemble de son patrimoine passé, des intérêts pécuniaires dans lesquels il a pour successeur l'acheteur; mais il ne perd ni l'agnation, ni la gentilité, ni le patronage (2), ni les droits même pécuniaires qui pourront dériver, dans l'avenir, à son profit, de ces qualités qui restent en lui. Ce n'est même pas suivant le droit civil qu'il est dépouillé de sa personnalité juridique quant au patrimoine vendu, c'est seulement suivant le droit prétorien; et les actions civiles persistant en lui ou contre lui, ce n'est que par des moyens prétoriens que l'effet de translation à un autre ou contre un autre est produit.

1171. Par cette dernière réflexion peut s'expliquer la contradiction apparente qui existe entre Gaius disant qu'il n'est pas hors d'usage que l'universalité des biens du débiteur soit vendue plus d'une fois, si ce débiteur a fait, dans l'intervalle, de nouvelles acquisitions (3); et Venulejus, d'après lequel aucune action n'est donnée pour faits antérieurs contre celui qui a subi une telle vente (4). Ce qu'il y a de certain, c'est que les actions, suivant le droit civil, persistent, elles ne sont pas éteintes; le magistrat, probablement, usant du pouvoir prétorien, en permet ou en refuse l'exercice suivant la position nouvelle de fortune dans laquelle se trouve le débiteur.

1172. Nous ne considérons pas comme embarrassante la question de savoir si l'infamie était produite seulement par la *bono-*

(1) Cicér. *Pro Quintio*, § 15 : « Ex numero vivorum exturbatur,... ne perire quidem tacite obscureque conceditur;... qua lege et qua conditione pereat;... hic acerbissimum vivo videntique funus dicitur. »

(2) Nous le voyons bien textuellement, quant à la qualité et aux droits de patron, dans un fragment de Papinien, Dig. 38. 1. *De operis libert*. 40.

(3) Gai. 2. § 155 : « Quum cæterorum hominum, quorum bona venierint pro portione (c'est-à-dire en ne payant qu'un dividende aux créanciers), si quid postea acquirant etiam sæpius eorum bona veniri soleant. »

(4) Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit*. 25. § 7 : « Quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur; et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent. »

*rum venditio* consommée, ou si elle l'était même auparavant, par le fait seul de la possession en vertu de l'édit du préteur, ou par l'affiche de la vente (*proscriptio*). Gaius et la constitution d'Alexandre ne parlent que de la vente (ci-dess., p. 117, note 4); la table d'Héraclée parle des biens *possessa, proscriptave* (p. 118, note 2), et Cicéron, dans son plaidoyer pour Quintius, semble attacher l'effet infamant contre lequel il se débat, même à la possession des biens. Mais tout cela se concilie parfaitement. Qu'on se reporte à ce qui avait lieu dans la *manus injectio*, sur laquelle le préteur s'est modelé : durant les soixante jours pendant lesquels le débiteur est possédé par son créancier en vertu de l'addiction du préteur, il n'est pas encore esclave de droit, il ne le deviendra que par la vente qui sera faite de sa personne après les soixante jours; si dans l'intervalle, par lui-même ou par les siens ou par quelque ami, il paye son débiteur, il rentre dans l'intégrité de ses droits; et néanmoins, en attendant, l'exercice de ses droits est suspendu et il est traité de fait comme esclave (tome I, *Hist.*, p. 101, tab. 3, §§ 3, 4, 5 et 6; n° 118; et *Génér.*, n° 56). Il en est de même dans le droit prétorien; la possession des biens est un état provisoire, qui n'a rien d'irrévocable; l'exercice des droits publics ou privés que pourra retirer l'infamie dont le débiteur est menacé, se trouve suspendu provisoirement; mais que le créancier se libère, que Quintius gagne sa cause, il rentre dans l'intégrité de ses droits. Pour qu'il se trouve frappé, en droit et à perpétuité, d'infamie, il faut que la *bonorum venditio* ait eu lieu. Après tout, c'est là même ce que dit élégamment Cicéron, en n'apportant ici que des idées de possession : « Ergo, Hercule, cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur. » (*Pro Quintio*, § 15.)

1173. On voit par tout ce qui précède, comment et dans quelles limites la *bonorum emptio*, dont nous venons de parler, constituait une succession universelle prétorienne, au profit de l'acheteur des biens mis en la place du débiteur. Mais cette vente tomba en désuétude. D'après une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, maintenue au Code de Justinien, nous voyons que les créanciers peuvent encore obtenir l'envoi en possession des biens de leur débiteur, et qu'après un certain délai ils peuvent être autorisés par le juge compétent à les faire vendre (1). Mais ici il ne s'agit plus que de la vente particulière des biens : chaque acheteur devient simplement propriétaire de ceux qu'il achète, moyennant le prix qu'il en donne, et non pas successeur aux droits et aux obligations du débiteur.

1174. *Quando judicia ordinaria in usu fuerunt.* Nous savons suffisamment ce que c'était que les instances ordinaires (*judicia ordinaria*), et les instances extraordinaires (*extraordinaria judi-*

(1) Cod. 7. 72. 9.

*cia*), sous le système de la procédure par formules; nous savons comment tomba cette procédure et comment les instances qu'on nommait auparavant *extraordinaires* devinrent alors le droit commun (tome I, *Génér.*, nos 288 et suiv.). Justinien nous apprend ici que la procédure de la vente des biens (*bonorum emptio*), à titre de succession universelle prétorienne, se rattachait à la procédure ordinaire; mais qu'elle disparut quand toutes les instances furent devenues extraordinaires. Cette procédure était, en effet, une dépendance bien marquée de l'*imperium* et de la *jurisdictio* dont le magistrat était investi; une des opérations qui se pratiquaient *in jus* devant le magistrat, et non *in judicio*, devant le juge; Théophile la rattache plus particulièrement aux *conventus*, espèces d'assises que le magistrat allait tenir en tournée dans les principaux lieux de sa province. Il est possible de conjecturer dès lors, sans en voir précisément les motifs en détail, comment il est arrivé que la *bonorum emptio* soit tombée en désuétude quand l'office du magistrat et celui du juge se sont confondus et que l'usage des tournées d'assises ou *conventus* a cessé. Elle n'est plus devenue alors qu'une vente particulière de biens, au lieu d'être un genre de succession prétorienne.

1. Erat et ex senatus-consulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatus-consultum amittebat, et cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concedimus.

1. Il y avait encore, en vertu du sénatus-consulte Claudien, une misérable acquisition par universalité, lorsqu'une femme libre, abandonnée sans frein à un amour servile, perdait, en vertu de ce sénatus-consulte, sa liberté, et avec elle sa fortune. Disposition que nous n'avons pas permis d'insérer dans notre Digeste, la considérant comme indigne de notre siècle, et comme devant être abolie dans nos États.

1175. Paul, dans ses *Sentences*, entre dans de longs détails sur ce genre de succession universelle, qui avait lieu lorsqu'une femme ingénue et citoyenne romaine ou latine, s'étant unie à un esclave, persévérait dans cette union (*contubernium*) contre le gré du maître de l'esclave, et malgré ses sommations (*invito et denuntiante domino*). A l'égard d'une affranchie qui s'était unie à un esclave, la règle était modifiée selon qu'elle avait agi à l'insu ou à la connaissance de son patron : au premier cas, elle retombait dans l'esclavage de son patron; au second, dans celui du propriétaire de l'esclave (1).

Justinien supprime cette sorte de grande diminution de tête, et la succession universelle qui en résultait.

(1) Paul. Sent. 2. 21, a. — Voir aussi Gaius. Comm. 1. §§ 84. 91 et 160.



Plus tard, l'introduction des pécules permit aux fils de famille d'avoir une hérédité testamentaire sur leurs pécules castrans ou quasi-castrans. Mais cela ne s'appliquait pas à l'hérédité *ab intestat*. S'ils mouraient sans avoir testé, ils mouraient sans hérédité; le chef de famille reprenait leurs biens par droit de pécule.

Des *constitutions impériales* établissent une sorte de succession tout exceptionnelle sur les biens qui auraient pu provenir aux fils ou aux filles de famille; soit de leur mère, soit en général de leur ligne maternelle. L'ordre de cette succession est ainsi réglé : 1° leurs descendants et descendantes; 2° leurs frères et sœurs, soit du même lit, soit d'un autre; 3° leur père ou autres ascendants, selon leur degré.

*Justinien* étend cet ordre successif aux pécules castrans ou quasi-castrans laissés *ab intestat*. Ces pécules reviendront : 1° aux enfants du défunt; 2° à ses frères et sœurs; à défaut, l'ascendant chef de famille les prendra *jure communi*, c'est-à-dire par droit de pécule.

Enfin, s'il s'agit d'un fils émancipé, autrefois l'ascendant émancipateur n'avait des droits de succession que s'il avait émancipé avec contrat de fiducie; alors il venait, en qualité de patron, au premier rang des agnats. D'après Justinien, l'émancipation est toujours censée faite avec fiducie; l'ascendant émancipateur a toujours des droits de succession *ab intestat*, mais son rang est encore fixé comme ci-dessus : d'abord les enfants du défunt, ensuite les frères et sœurs, puis l'ascendant.

Quant aux ascendantes, la mère seulement, mais non l'aïeule, succède à ses enfants, légitimes ou non, même vulgairement conçus, en vertu du sénatus-consulte *Tertullien*, fait au temps d'Adrien. — Ce droit ne leur appartenait, selon le sénatus-consulte, que si elles avaient eu le nombre d'enfants fixé : trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies. — Justinien le leur accorde quand bien même elles n'auraient eu qu'un enfant. — Il modifie aussi leur rang de succession. Ainsi la mère vient après les enfants du défunt ou de la défunte, en concours, pour une part virile, avec les frères et sœurs; mais s'il n'y a que des sœurs, elle prend à elle seule la moitié de l'hérédité, et les sœurs se partagent l'autre moitié.

Réciproquement, les enfants, soit issus de justes noces, soit naturels, ou même vulgairement conçus, succèdent à leur mère en vertu du sénatus-consulte *Orphitien*, fait au temps de Marc-Aurèle, qui ne s'appliquait qu'à la succession de la mère, mais qui fut étendu plus tard à celle de l'aïeule. — Ils viennent au premier rang, à sa succession *ab intestat*, à la place de l'ordre des héritiers siens, que les femmes ne pouvaient jamais avoir.

### *Cognats.*

Après l'ordre des héritiers et celui des agnats, le préteur a fait venir un troisième ordre, celui des cognats, dans lequel il appelle tous les parents, sans avoir aucun égard aux liens civils de la famille, mais seulement d'après ceux de la cognation, et selon la proximité des degrés.

Ces degrés se comptent sur trois lignes : soit en ligne ascendante, soit en ligne descendante, soit en ligne collatérale.

Les agnats sont appelés à la succession légitime jusqu'à l'infini; mais les cognats ne le sont que jusqu'au sixième degré, et dans le septième, les enfants de petits-cousins ou petites-cousines.

Du reste, il faut remarquer que les cognats appelés seulement par le préteur ne sont pas héritiers proprement dits, mais seulement possesseurs des biens.

*Succession des affranchis.*

La succession des affranchis est réglée autrement que celle des ingénus.

D'après la *loi des Douze Tables*, ils avaient pour héritiers, en premier ordre, les héritiers siens, et en second ordre, à la place des agnats, le patron et ses enfants. — Du reste, ils pouvaient, par testament, dépouiller de leur hérédité tant les uns que les autres.

Mais le préteur donna au patron, quand il arrivait en rang successible, un droit à la moitié de la succession de l'affranchi, qui ne pouvait lui être enlevé ni par l'adoption que celui-ci aurait faite d'un enfant, ni par testament.

Ensuite, la *loi* PAPIA appela même le patron en concours avec les propres enfants héritiers siens de l'affranchi, pour une part virile, dans le cas où cet affranchi avait plus de cent mille sesterces et moins de trois enfants.

*Justinien*, à l'égard de la succession *ab intestat*, revient à la loi des Douze Tables; le patron ne viendra jamais qu'à défaut de tout héritier sien ou enfants appelés au nombre des héritiers siens. — A l'égard de la succession testamentaire, l'affranchi, s'il a moins de cent sous d'or, pourra disposer librement de ses biens et ne rien laisser à son patron; passé cette somme, le patron venant en ordre successible aura un droit irrévocable à un tiers, sans aucune charge de legs ni de fidéicommis.

Du reste, Justinien règle l'ordre de succession pour les affranchis, à peu près de la même manière que pour les ingénus : en premier ordre, les héritiers siens ou les personnes appelées au rang d'héritiers siens; en second ordre, à la place des agnats, le patron et ses descendants; en troisième ordre, à la place des cognats, les cognats en ligne collatérale du patron, jusqu'au cinquième degré seulement.

Le patron, d'après un sénatus-consulte fait au temps de Claude, peut assigner son affranchi à celui ou à ceux qu'il lui plaît des enfants soumis à sa puissance, et alors le droit de succession sur les biens de l'affranchi appartient exclusivement aux enfants auxquels l'assignation a été faite et à leur postérité.

*Possession des biens.*

Le droit de possession des biens est une sorte de droit héréditaire prétorien, introduit par le préteur, pour aider le droit civil, pour y suppléer ou pour le corriger. — Ceux qui sont héritiers selon le droit civil sont souvent appelés aussi par le préteur à la possession des biens, et ils y trouvent cet avantage qu'ils peuvent user de l'interdit que donne ce droit prétorien pour se faire mettre en possession des choses héréditaires. — Quant à ceux qui sont seulement possesseurs des biens d'après le droit prétorien, ils ne sont pas, à proprement parler, héritiers; mais ils en tiennent lieu, et, sous d'autres noms, ils ont les mêmes avantages.

Les possessions des biens, comme les hérédités, sont ou testamentaires, ou *ab intestat*.

Il y a deux possessions des biens testamentaires : — la première, CONTRA

Plus tard, l'introduction des pécules permit aux fils de famille d'avoir une hérédité testamentaire sur leurs pécules castrans ou quasi-castrans. Mais cela ne s'appliquait pas à l'hérédité *ab intestat*. S'ils mouraient sans avoir testé, ils mouraient sans hérédité; le chef de famille reprenait leurs biens par droit de pécule.

Des *constitutions impériales* établissent une sorte de succession tout exceptionnelle sur les biens qui auraient pu provenir aux fils ou aux filles de famille; soit de leur mère, soit en général de leur ligne maternelle. L'ordre de cette succession est ainsi réglé : 1° leurs descendants et descendantes; 2° leurs frères et sœurs, soit du même lit, soit d'un autre; 3° leur père ou autres ascendants, selon leur degré.

*Justinien* étend cet ordre successif aux pécules castrans ou quasi-castrans laissés *ab intestat*. Ces pécules reviendront : 1° aux enfants du défunt; 2° à ses frères et sœurs; à défaut, l'ascendant chef de famille les prendra *jure communi*, c'est-à-dire par droit de pécule.

Enfin, s'il s'agit d'un fils émancipé, autrefois l'ascendant émancipateur n'avait des droits de succession que s'il avait émancipé avec contrat de fiducie; alors il venait, en qualité de patron, au premier rang des agnats. D'après Justinien, l'émancipation est toujours censée faite avec fiducie; l'ascendant émancipateur a toujours des droits de succession *ab intestat*, mais son rang est encore fixé comme ci-dessus : d'abord les enfants du défunt, ensuite les frères et sœurs, puis l'ascendant.

Quant aux ascendantes, la mère seulement, mais non l'aïeule, succède à ses enfants, légitimes ou non, même vulgairement conçus, en vertu du sénatus-consulte *Tertullien*, fait au temps d'Adrien. — Ce droit ne leur appartenait, selon le sénatus-consulte, que si elles avaient eu le nombre d'enfants fixé : trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies. — Justinien le leur accorde quand bien même elles n'auraient eu qu'un enfant. — Il modifie aussi leur rang de succession. Ainsi la mère vient après les enfants du défunt ou de la défunte, en concours, pour une part virile, avec les frères et sœurs; mais s'il n'y a que des sœurs, elle prend à elle seule la moitié de l'hérédité, et les sœurs se partagent l'autre moitié.

Réciproquement, les enfants, soit issus de justes noces, soit naturels, ou même vulgairement conçus, succèdent à leur mère en vertu du sénatus-consulte *Orphitien*, fait au temps de Marc-Aurèle, qui ne s'appliquait qu'à la succession de la mère, mais qui fut étendu plus tard à celle de l'aïeule. — Ils viennent au premier rang, à sa succession *ab intestat*, à la place de l'ordre des héritiers siens, que les femmes ne pouvaient jamais avoir.

### *Cognats.*

Après l'ordre des héritiers et celui des agnats, le préteur a fait venir un troisième ordre, celui des cognats, dans lequel il appelle tous les parents, sans avoir aucun égard aux liens civils de la famille, mais seulement d'après ceux de la cognation, et selon la proximité des degrés.

Ces degrés se comptent sur trois lignes : soit en ligne ascendante, soit en ligne descendante, soit en ligne collatérale.

Les agnats sont appelés à la succession légitime jusqu'à l'infini; mais les cognats ne le sont que jusqu'au sixième degré, et dans le septième, les enfants de petits-cousins ou petites-cousines.

Du reste, il faut remarquer que les cognats appelés seulement par le préteur ne sont pas héritiers proprement dits, mais seulement possesseurs des biens.

*Succession des affranchis.*

La succession des affranchis est réglée autrement que celle des ingénus.

D'après la *loi des Douze Tables*, ils avaient pour héritiers, en premier ordre, les héritiers siens, et en second ordre, à la place des agnats, le patron et ses enfants. — Du reste, ils pouvaient, par testament, dépouiller de leur hérédité tant les uns que les autres.

Mais le préteur donna au patron, quand il arrivait en rang successible, un droit à la moitié de la succession de l'affranchi, qui ne pouvait lui être enlevé ni par l'adoption que celui-ci aurait faite d'un enfant, ni par testament.

Ensuite, la *loi* PAPIA appela même le patron en concours avec les propres enfants héritiers siens de l'affranchi, pour une part virile, dans le cas où cet affranchi avait plus de cent mille sesterces et moins de trois enfants.

*Justinien*, à l'égard de la succession *ab intestat*, revient à la loi des Douze Tables; le patron ne viendra jamais qu'à défaut de tout héritier sien ou enfants appelés au nombre des héritiers siens. — A l'égard de la succession testamentaire, l'affranchi, s'il a moins de cent sous d'or, pourra disposer librement de ses biens et ne rien laisser à son patron; passé cette somme, le patron venant en ordre successible aura un droit irrévocable à un tiers, sans aucune charge de legs ni de fidéicommis.

Du reste, Justinien règle l'ordre de succession pour les affranchis, à peu près de la même manière que pour les ingénus : en premier ordre, les héritiers siens ou les personnes appelées au rang d'héritiers siens; en second ordre, à la place des agnats, le patron et ses descendants; en troisième ordre, à la place des cognats, les cognats en ligne collatérale du patron, jusqu'au cinquième degré seulement.

Le patron, d'après un sénatus-consulte fait au temps de Claude, peut assigner son affranchi à celui ou à ceux qu'il lui plaît des enfants soumis à sa puissance, et alors le droit de succession sur les biens de l'affranchi appartient exclusivement aux enfants auxquels l'assignation a été faite et à leur postérité.

*Possession des biens.*

Le droit de possession des biens est une sorte de droit héréditaire prétorien, introduit par le préteur, pour aider le droit civil, pour y suppléer ou pour le corriger. — Ceux qui sont héritiers selon le droit civil sont souvent appelés aussi par le préteur à la possession des biens, et ils y trouvent cet avantage qu'ils peuvent user de l'interdit que donne ce droit prétorien pour se faire mettre en possession des choses héréditaires. — Quant à ceux qui sont seulement possesseurs des biens d'après le droit prétorien, ils ne sont pas, à proprement parler, héritiers; mais ils en tiennent lieu, et, sous d'autres noms, ils ont les mêmes avantages.

Les possessions des biens, comme les hérédités, sont ou testamentaires ou *ab intestat*.

Il y a deux possessions des biens testamentaires : — la première, CONTRA

TABULAS, pour se faire donner la possession des biens héréditaires, malgré les dispositions du testament; — la seconde, qui ne vient qu'à défaut de l'autre, SECUNDUM TABULAS, pour obtenir la possession conformément aux tables du testament.

Les possessions des biens *ab intestat*, auxquelles on ne passe qu'à défaut des précédentes, sont, pour la succession des ingénus, les suivantes : — 1° UNDE LIBERI, pour les enfants; — 2° UNDE LEGITIMI, pour tous ceux qu'une loi, un sénatus-consulte, une constitution ou toute autre disposition législative appelle à la succession légitime; — 3° UNDE COGNATI, pour les cognats; — 4° UNDE VIR ET UXOR, pour l'époux ou l'épouse. — Ce qui n'empêche pas que les héritiers siens, s'ils ont laissé passer la possession des biens *unde liberi*, qui leur est propre, ne puissent venir par celle *unde legitimi*; et à défaut encore de celle-là, par la troisième, *unde cognati*; de même à l'égard des agnats et autres héritiers légitimes.

Quant à la succession des affranchis, les possessions des biens étaient, outre celle *unde liberi* pour les descendants, et *unde legitimi* pour le patron et les enfants en sa puissance, les suivantes : — UNDE DECEM PERSONÆ, pour appeler, dans le cas particulier d'un ingénu émancipé par le moyen d'une mancipation à un étranger qui l'avait affranchi, dix personnes de sa cognation naturelle, de préférence au manumisseur étranger qui, selon le droit strict, aurait eu les droits héréditaires de patronage; — TUM QUEM EX FAMILIA, pour le plus proche membre de la famille civile du patron; — UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM, pour les enfants du patron ou de la patronne, sans distinguer s'ils étaient ou non sous leur puissance, et pour leurs ascendants; — UNDE COGNATI MANUMISSORIS, pour les cognats du patron. — Ce qui n'empêchait pas que le patron ou ses enfants pussent venir, à défaut de leur possession *unde legitimi*, par celle *tum quem ex familia*; à défaut de celle-là, par la troisième, *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*; et enfin, à défaut encore, par la quatrième, *unde cognati manumissoris*.

Justinien supprime toutes ces possessions des biens relatives à la succession des affranchis, ces successions étant réglées d'une manière semblable à celle des ingénus, et les quatre possessions des biens ci-dessus leur devenant applicables.

Enfin, une dernière possession des biens, UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS, était promise à ceux à qui une disposition législative déférerait spécialement la possession des biens.

Les possessions des biens doivent être acceptées dans un certain délai, fixé à un an pour les descendants et les ascendants, et à cent jours pour les autres. — Ce délai expiré, il y a dévolution au degré subséquent, et, à défaut, à la possession des biens suivante. — On peut aussi les répudier. — Autrefois, il fallait les demander formellement au magistrat du peuple romain : sous Justinien, on n'est obligé de se présenter devant aucun magistrat; il suffit de manifester d'une manière quelconque, dans le délai prescrit, l'intention d'accepter.

La possession des biens est donnée ou avec efficacité (*cum re, id est cum effectu*), lorsque celui qui la reçoit est garanti par elle contre la pétition d'hérédité; ou sans efficacité (*sine re, sine effectu*), lorsqu'un autre, d'après le droit civil, peut l'évincer de l'hérédité : celle-ci donne, du moins, l'avantage du rôle de défendeur dans le procès en pétition d'hérédité.

Il existe encore une distinction entre les possessions *edictales* ou *decretales*, telles que celles VENTRIS NOMINE ou EX CARBONIANO.

### *Rapport; Accroissement entre cohéritiers; Transmission de l'hérédité; Indignité.*

Les descendants, dans certains cas, en venant à la succession de leurs ascendants, sont soumis au rapport de certains biens qu'ils ont reçus. Ce rapport, qui se nomme *collatio bonorum*, introduit par les préteurs, a été successivement étendu par des constitutions impériales, et enfin par Justinien.

Si l'un des héritiers vient à faire défaut, la part qu'il aurait eue revient à ses cohéritiers. C'est là ce qu'on nomme le droit d'accroissement, qui a lieu de plein droit, à l'insu et contre le gré des cohéritiers, dans les successions tant testamentaires qu'*ab intestat*, et dans les possessions des biens.

En règle générale, l'héritier ou le possesseur des biens qui meurent avant d'avoir accepté l'hérédité ou la possession des biens, ne transmettent pas à leurs héritiers le droit qu'ils y avaient. Cependant cette transmission est introduite, dans certains cas, par quelques constitutions impériales, et notamment par Justinien quand l'héritier est mort dans l'année de l'ouverture de ses droits, avant l'expiration du délai pour délibérer.

Dans certains cas, les legs, les fidéicommis ou les hérédités sont enlevés, pour cause d'indignité, à ceux qui y étaient appelés. En règle générale, les biens ainsi enlevés sont dévolus au fisc; cependant il existe certaines causes particulières d'indignité pour lesquelles les biens ne sont pas confisqués; mais ils passent au degré subséquent.

### *Actions relatives aux héritiers* ab intestat *et aux possessions des biens.*

La pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) et l'action en partage (*familiæ erciscundæ*) s'appliquent aux successions *ab intestat* comme aux successions testamentaires. — Les possessions de biens donnent aussi droit à ces deux actions utiles, et en outre, à un interdit qui leur est propre, nommé l'interdit *quorum bonorum*, pour se faire mettre plus promptement en possession des choses héréditaires qu'un autre possède à titre d'héritier ou de possesseur.

### SUCCESSIONS UNIVERSELLES AUTRES QUE PAR HÉRÉDITÉ.

Il existait quelques manières de succéder à l'universalité des biens d'une personne autrement que par hérédité, et même, dans plusieurs cas, de son vivant. Ces divers genres de successions sont ou considérablement restreints, ou totalement abrogés par Justinien.

De ce nombre étaient :

1° L'acquisition par adrogation, ou, pour généraliser davantage, l'acquisition universelle qui s'opérait lorsqu'un chef de famille, acquérant une personne *sui juris* en sa puissance (soit paternelle, soit maritale), acquérait en même temps et par cela seul tous les biens de cette personne, à l'exception de ceux que le changement d'état avait détruits. Sous Justinien, ceci ne peut plus recevoir d'application que dans le cas d'adrogation; et encore, par les institutions de cet empereur, l'adrogeant n'acquiert-il plus que l'usufruit et non la propriété des biens de l'adrogé.

2° L'addiction faite afin de maintenir les affranchissements, addiction

introduite par un rescrit de Marc-Aurèle pour le cas d'hérédité testamentaire abandonnée par les institués, et étendue par faveur au cas d'hérédité *ab intestat* avec affranchissement par codicilles. Justinien, par une constitution spéciale, règle avec détail ce genre d'addiction, et l'étend même, par analogie, au cas d'affranchissement entre-vifs ou pour cause de mort.

3° La *bonorum emptio*, qui avait lieu du temps de la procédure ordinaire, lorsque les créanciers poursuivaient la vente en masse et par universalité des biens et droits de leur débiteur, et qui constituait au profit de l'acheteur une sorte de succession universelle prétorienne; cette vente par universalité tombe en désuétude avec la procédure ordinaire, et il ne reste plus que la vente particulière des biens du débiteur.

4° La succession d'après le sénatus-consulte Claudien, lorsqu'une femme ingénue, pour s'être unie à un esclave et pour avoir persévéré dans cette union malgré l'opposition du maître de l'esclave, était livrée à ce maître en propriété, elle et ses biens. Justinien abroge ces dispositions.

---

## TITULUS XIII. — TITRE XIII.

### DE OBLIGATIONIBUS. — DES OBLIGATIONS (1).

1176. Après avoir traité des *droits réels*, notamment de la propriété et de ses divers démembrements; puis des différents moyens d'acquérir, soit particuliers, soit par universalité, nous passons aux droits qu'il est d'usage de désigner sous la qualification de *droits personnels*. Déjà les notions générales sur ce point nous sont connues (t. I, *Génér.*, n[os] 196 et suiv.); il s'agit d'arriver aux détails.

Le droit romain, en cette matière comme en toutes autres, a eu des commencements rudes, exclusifs; ne tenant nul compte des relations et des principes d'équité naturelle, mais se restreignant dans les exigences du droit civil des Quirites et de ses formes symboliques. Ce n'est qu'avec le temps, par des adoucissements successifs et détournés, qu'il s'est rapproché des notions philosophiques et du droit des gens. Le langage lui-même a suivi ces métamorphoses.

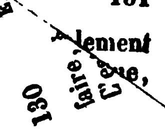
### *Notion de l'obligation.*

| Latin | Français |
|---|---|
| Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est *juris vinculum*, quo necessitate adstringimur *alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* | Maintenant passons aux obligations. L'obligation est un *lien de droit*, formé suivant notre droit civil, et qui nous astreint à nous acquitter de quelque chose. |

1177. La définition du droit personnel, et la langue juridique qui s'y rapporte, presque dans tous ses termes, sont tirées, nous l'avons déjà remarqué, de la même figure. Il s'agit toujours d'une attache, d'un lien (*juris vinculum*), qui assujettit une personne

---

(1) Voir de notre regretté collègue, PROSPER VERNET, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain;* Paris, 1865, in-8°.



à une autre, ou, pour parler autremen[illegible] ...lement
nécessité de droit (voir tom. I, *Génér.*, n[illegible] ...e,

Le mot *obligatio* n'est pas un terme du vi[illegible]
on ne le trouve dans aucun fragment des D[illegible]
aucun vestige de la langue juridique de ces
à une époque plus rapprochée. L'expression a
été *nexum* ou *nexus* (de *nectere*, nouer); la
la même. Cependant *nexum* n'a pas la même va[illegible]
son acception dans un sens est plus étroite, et [illegible]
étendue. Nous allons bientôt l'expliquer.

### *Sujets et objet de l'obligation*

1178. Les éléments constitutifs du droit personnel nous sont connus.

Ici nous trouvons indispensablement, comme sujets du droit, deux personnes : l'une, sujet actif, que l'on nomme *creditor*, créancier (1); l'autre, sujet passif, nommée *debitor*, débiteur. C'est le débiteur qui est lié, attaché au créancier, dans une sorte de dépendance par rapport à lui, pour l'exécution du droit dont il est passif. Le mot *creditor* (de *credere*, croire, confier) indique, par son étymologie, un acte de confiance de la part du créancier, puisque, au lieu d'exiger satisfaction immédiate et réalisée, il s'est fié jusqu'à un certain point au débiteur pour l'exécution de l'obligation. Ce mot a donc été étendu hors de ses limites étymologiques lorsqu'on en a fait un terme général appliqué à tous les cas d'obligation, même à ceux dans lesquels la volonté du créancier n'est entrée pour rien. Du reste, les expressions de *creditor* et de *debitor* n'appartiennent pas plus que celle d'*obligatio* à la langue antique du droit romain. Le terme ancien, qui se trouve dans les Douze Tables, est celui de *rei*, qui désigne à la fois les deux parties, mais qui s'applique plus spécialement au débiteur (*reus*).

1179. L'objet de l'obligation aboutit toujours, en définitive, à une chose qu'il s'agit de fournir (*alicujus solvendæ rei*, nous dit le texte), en prenant le mot de chose dans son acception juridique la plus étendue, c'est-à-dire pour tout ce qui peut procurer utilité ou avantage quelconque à l'homme. Cependant, si l'on analyse de plus près les éléments de l'obligation, on verra que l'objet direct, immédiat du droit, n'est pas la chose même qu'il s'agit de donner, de faire ou de fournir, mais bien l'action de donner, de faire ou de fournir à laquelle le débiteur peut être contraint, la prestation dont il est tenu. Aussi dit-on : l'obligation de donner, de faire, de fournir (*dandi, faciendi, præstandi*), être obligé à donner, à

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 10. f. Ulp. — 11. f. Gai. — 12. 1. *De rebus cred.* 1. f. Ulp.; et 2. § 5. f. Paul.

faire, à fournir (*ad dandum, ad faciendum, ad præstandum*). C'est ce que le jurisconsulte Paul exprime en ces termes : « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum (1); » indiquant élégamment par là que l'obligation ne produit aucun droit direct du créancier à la chose (ce que nous nommons *droit réel*), qui permette à celui-ci de disposer ou tirer profit en aucune manière de la chose, mais seulement un droit contre le débiteur, pour le contraindre à fournir la chose. — D'où il suit, en amenant l'idée à sa plus grande simplicité et à toute son exactitude, que l'obligation n'est autre chose qu'une nécessité juridique d'action ou d'inaction imposée à une personne envers une autre. — *Dare, facere, præstare*, la réunion de ces trois mots est sacramentelle dans les formules et dans les textes des lois romaines, pour embrasser en toute sa généralité l'objet que les obligations peuvent avoir (2). *Dare*, dans son acception propre, se réfère à la translation de la propriété romaine (3); le mot indique que le débiteur est obligé de transférer la chose en propriété. *Præstare*, par opposition, s'emploie dans les cas où il ne s'agit que de livrer, que de fournir la chose pour mettre à même d'en user, ou d'en jouir plus ou moins, comme dans le cas de louage (4); mais, à vrai dire, cette expression *præstare* est de la plus grande généralité : elle s'applique à toute sorte d'avantage qu'il s'agit de procurer, ou, pour franciser le mot, à toute sorte de *prestation*.

### *Diverses espèces d'obligations.*

1180. Le jurisconsulte romain ne définit l'obligation que suivant le droit civil, le droit de la cité (*secundum nostræ civitatis jura*). En effet, ce lien juridique qui attache une personne à une autre, considéré non au point de vue de la pure raison, mais comme mettant réellement à la disposition de l'une des moyens coercitifs, au besoin la force publique, pour contraindre l'autre à s'acquitter, ce lien ne tient son efficacité positive que du droit civil, qui l'établit ou le reconnaît, et qui emploie même la puissance de la cité pour y donner effet. — Le droit romain a suivi ici son caractère exclusif. Dans le principe, il n'y a eu d'obligations que

(1) Dig. 44. 7. 3. pr. f. Paul. — (2) Nous les trouvons dans Gaius, comme formule de l'action *in personam* : « In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus : *Dare, facere, præstare* oportere » (Gai. Com. 4. § 2). — Paul nous les montre dans les textes de la loi Julia Papia (Dig. 38. 1. 37. p. f. Paul.); — Ulpien, dans les formules de stipulation (Dig. 19. 1. 13. § 6. f. Ulp.); etc., etc. — (3) Dig. 45. 1. 75. § 10. f. Ulp.; 103. f. Modest. — 50. 17. 167. f. Paul. — 18. 1. 25. § 1. f. Ulp. — (4) Dig. 19. 1. 11. § 2. f. Ulp. — 19. 2. 15. §§ 1 et 2. f. Ulp.; et 19. § 2. f. Ulp.

celles établies selon les formes ou dans les cas spécialement reconnus par le strict droit civil ; hors de là, nul lien juridique, nulle obligation, nul effet de droit. — Avec le temps, la juridiction prétorienne, adoucissant, ici comme ailleurs, la rigueur primitive, a reconnu d'autres modes ou d'autres cas d'obligations, et fourni des moyens prétoriens de les mettre à effet. Le législateur lui-même a plus tard sanctionné et pourvu d'efficacité des cas tout à fait en dehors du pur droit civil. — Enfin les obligations reconnues par le droit des gens ou par la simple raison philosophique ne sont pas restées dénuées de tout résultat : sous le nom d'obligations naturelles, la jurisprudence les a signalées et leur a attribué sinon la force des autres obligations, du moins des effets importants dans les relations juridiques. « Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus, » dit Paul dans un fragment inséré parmi les axiomes du droit (1). — D'où, en droit romain, cette triple division des obligations : obligations civiles (*civiles obligationes*) ; obligations prétoriennes ou honoraires (*prætoriæ, vel honorariæ obligationes*), et obligations naturelles (*naturales obligationes*) (2).

I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut *legibus* constitutæ aut certo *jure civili comprobatæ* sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor *ex sua jurisdictione constituit*, quæ etiam honorariæ vocantur.

1. Toutes les obligations se réduisent à une division principale, en deux classes : elles sont ou civiles ou prétoriennes. Civiles, celles qui ont été ou établies par les lois, ou reconnues par le droit civil. Prétoriennes, celles que le préteur a constituées en vertu de sa juridiction ; ces dernières s'appellent aussi honoraires.

1181. *Aut legibus constitutæ.* Ceci semble faire allusion aux obligations constituées formellement par les lois civiles, devant strictement leur existence au droit civil des Romains, sans considération, du reste, ni du droit des gens ni de l'équité naturelle.

*Aut certo jure civili comprobatæ.* Il s'agit ici des obligations qui n'appartenaient dans le principe qu'au droit des gens, mais qui plus tard, admises et confirmées par le droit civil, ont passé dans ce droit et en ont fait partie. Les notions historiques que nous allons donner nous éclaireront bientôt sur ce point.

### *Effets de l'obligation.*

1182. L'effet principal et propre de l'obligation consiste dans la nécessité pour le débiteur de s'acquitter, c'est-à-dire de faire

(1) Dig. 50. 17. 84. § 1. f. Paul. — (2) Nous trouvons cette division bien marquée dans ce fragment d'Ulpien, qui dit en parlant de la novation : « Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum *naturalis*, an *civilis*, an *honoraria*. » (Dig. 46. 2. 1. § 1.) — On la retrouve également dans un fragment de Marcien, parlant de l'hypothèque : « Et vel pro *civili* obligatione, vel *honoraria*, vel tantum *naturali*. » (Dig. 20. 1. 5. pr.)

la prestation dont il est tenu. A défaut, le créancier a, pour l'y contraindre, une action.

Ainsi, toute obligation civile, c'est-à-dire existant suivant le droit civil, produit une action de droit civil. D'où l'usage, chez les jurisconsultes romains, de faire marcher ensemble ces deux expressions *obligatio* et *actio*, comme deux corrélatifs dont l'un emporte l'autre, et qui peuvent, en quelque sorte, se servir de synonymes, si l'on prend la cause pour l'effet. *De obligationibus et actionibus*, portent les titres du Digeste et du Code consacrés à cette matière (1).

1183. Les obligations prétoriennes ou honoraires, introduites par la juridiction du préteur, produisent aussi une action, mais une action prétorienne; soit des actions utiles, c'est-à-dire des actions civiles déjà existantes, étendues, pour cause d'utilité et par analogie, à des cas où rigoureusement et selon le droit civil elles ne seraient pas applicables; soit des actions prétoriennes spéciales (2).

1184. Enfin, les obligations naturelles, qui ne se déduisent que du droit des gens et de la raison philosophique, sans que le droit civil ni le droit prétorien les aient confirmées, ne produisent aucune action, ni civile, ni prétorienne. Mais la jurisprudence leur a reconnu d'autres effets. Ainsi l'obligation naturelle une fois acquittée, ce qui a été payé ne peut plus être répété comme non dû et payé par erreur (3). On peut faire valoir l'obligation naturelle par le moyen des exceptions, si l'occasion s'en présente (4); ainsi, on peut la faire entrer en compensation (5). Enfin, l'obligation naturelle peut faire l'objet d'une novation (6), et servir de base à des contrats ou conventions accessoires qui supposent une obligation préexistante, tels que la fidéjussion, la constitution de gage ou d'hypothèque (7). Nous reviendrons plus en détail sur ce point (8).

---

(1) DIG. 44. 7. — COD. 4. 10. — Ce qui ne doit pas faire perdre de vue, toutefois, que les droits réels se défendent et se poursuivent aussi par des actions. Mais nous verrons que dans toute action, même dans les actions réelles, il y a, à vrai dire, et en les analysant subtilement, obligation, lien juridique d'une personne à une autre. — (2) DIG. 13. 5. 1. § 8. f. Ulp. — DIG. 50. 16. 10. f. Ulp. — (3) DIG. 12. 6. 19. pr. f. Pomp. « Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. » — « Voy. aussi DIG. 14. 6. 9. §§ 4 et 5. f. Ulp.; et 10. f. Paul. — DIG. 44. 7. 10. f. Paul. « Naturales obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit : verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit » Ce qu'il faut entendre en ce sens qu'il n'y a point lieu de s'attacher à l'existence d'une action, mais seulement à l'exclusion du droit de répéter. — (4) DIG. 2. 14. 7. § 4. f. Ulp. « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » — (5) « Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. » (DIG. 16. 2. 6. f. Ulp.) — (6) DIG. 46. 2. 1. § 1. f. Ulp. — (7) DIG. 46. 1. 16. § 3. f. Julian. « Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. » — DIG. 20. 1. 5. pr. f. Marcian, et 14. § 1 f. Ulp. — (8) Notre collègue M. MACHELARD en a fait l'objet d'une publication spéciale, *Des obligations naturelles en droit romain*. Paris. 1861. In-8°.

*Sources ou causes des obligations en général.*

1185. Mais comment peut-il arriver qu'une personne se trouve ainsi liée, attachée à une autre, obligée envers une autre? En d'autres termes, quelles peuvent être les causes des obligations entre particuliers? Nous examinerons la question d'abord philosophiquement et ensuite historiquement dans le droit romain.

1186. Philosophiquement, nous savons que tout droit est engendré par un fait (tom. I, *Génér.*, n° 148); il en est ainsi de l'obligation : pas une obligation qui ne provienne d'un fait. Quels sont donc les faits qui peuvent produire ce résultat? — Ici peuvent se présenter, soit le consentement réciproque des parties, soit des faits indépendants de leur consentement, survenus par la volonté de l'une d'elles seulement, ou sans la volonté ni de l'une ni de l'autre.

1187. Quant au consentement, si l'accord des deux parties n'a dans son objet ni dans ses motifs rien de contraire à la morale, à l'ordre public, ni rien de physiquement impossible; si le consentement est donné avec capacité, exempt d'erreur, de dol et de violence, du moment que les parties ont consenti à ce que l'une d'elles fût liée, obligée envers l'autre, la raison naturelle nous dit qu'il peut y avoir là un fait générateur d'obligation.

1188. Indépendamment du consentement réciproque: — Si une personne a porté préjudice à une autre, soit volontairement et à mauvais dessein, soit involontairement, mais par sa faute, le principe de raison naturelle qu'il faut réparer le mal qu'on a causé à tort nous dit encore qu'il y a là un fait générateur d'obligation. — Si une personne se trouve avoir, par une circonstance quelconque, ce qui appartient à une autre; si elle se trouve enrichie, d'une manière quelconque, au détriment du droit d'autrui, soit volontairement, soit involontairement, le principe de raison naturelle que nul ne doit s'enrichir au préjudice du droit d'autrui, et qu'on est tenu de restituer ce dont on se trouve ainsi enrichi, nous dit encore qu'il y a là un fait générateur d'obligation.

1189. Ainsi, d'une part, le consentement des parties, et de l'autre les mille et mille faits, produit soit de la volonté ou de l'activité de l'homme, soit de causes placées entièrement hors de lui, par suite desquels une personne peut avoir nui par sa faute à une autre, ou se trouver enrichie au préjudice des droits d'une autre, nous offrent les causes d'obligation innombrables et quotidiennement répétées, qui se rangent toutefois les unes et les autres sous des principes communs de raison naturelle. — Joignez-y, dans la constitution de la famille ou de la société, destinée nécessaire et essentielle de l'homme, certaines relations entre personnes, qui doivent engendrer des liens de droit, des obligations de l'une à l'autre; par exemple le fait de génération, produisant des obligations mutuelles

TABULAS, pour se faire donner la possession des biens héréditaires, malgré les dispositions du testament; — la seconde, qui ne vient qu'à défaut de l'autre, SECUNDUM TABULAS, pour obtenir la possession conformément aux tables du testament.

Les possessions des biens *ab intestat,* auxquelles on ne passe qu'à défaut des précédentes, sont, pour la succession des ingénus, les suivantes : — 1° UNDE LIBERI, pour les enfants; — 2° UNDE LEGITIMI, pour tous ceux qu'une loi, un sénatus-consulte, une constitution ou toute autre disposition législative appelle à la succession légitime; — 3° UNDE COGNATI, pour les cognats; — 4° UNDE VIR ET UXOR, pour l'époux ou l'épouse. — Ce qui n'empêche pas que les héritiers siens, s'ils ont laissé passer la possession des biens *unde liberi,* qui leur est propre, ne puissent venir par celle *unde legitimi;* et à défaut encore de celle-là, par la troisième, *unde cognati;* de même à l'égard des agnats et autres héritiers légitimes.

Quant à la succession des affranchis, les possessions des biens étaient, outre celle *unde liberi* pour les descendants, et *unde legitimi* pour le patron et les enfants en sa puissance, les suivantes : — UNDE DECEM PERSONAE, pour appeler, dans le cas particulier d'un ingénu émancipé par le moyen d'une mancipation à un étranger qui l'avait affranchi, dix personnes de sa cognation naturelle, de préférence au manumisseur étranger qui, selon le droit strict, aurait eu les droits héréditaires de patronage; — TUM QUEM EX FAMILIA, pour le plus proche membre de la famille civile du patron; — UNDE LIBERI PATRONI PATRONAEQUE ET PARENTES EORUM, pour les enfants du patron ou de la patronne, sans distinguer s'ils étaient ou non sous leur puissance, et pour leurs ascendants; — UNDE COGNATI MANUMISSORIS, pour les cognats du patron. — Ce qui n'empêchait pas que le patron ou ses enfants pussent venir, à défaut de leur possession *unde legitimi,* par celle *tum quem ex familia;* à défaut de celle-là, par la troisième, *unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum;* et enfin, à défaut encore, par la quatrième, *unde cognati manumissoris.*

Justinien supprime toutes ces possessions des biens relatives à la succession des affranchis, ces successions étant réglées d'une manière semblable à celle des ingénus, et les quatre possessions des biens ci-dessus leur devenant applicables.

Enfin, une dernière possession des biens, UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS, était promise à ceux à qui une disposition législative déférerait spécialement la possession des biens.

Les possessions des biens doivent être acceptées dans un certain délai, fixé à un an pour les descendants et les ascendants, et à cent jours pour les autres. — Ce délai expiré, il y a dévolution au degré subséquent, et, à défaut, à la possession des biens suivante. — On peut aussi les répudier. — Autrefois, il fallait les demander formellement au magistrat du peuple romain : sous Justinien, on n'est obligé de se présenter devant aucun magistrat; il suffit de manifester d'une manière quelconque, dans le délai prescrit, l'intention d'accepter.

La possession des biens est donnée ou avec efficacité (*cum re, id est cum effectu*), lorsque celui qui la reçoit est garanti par elle contre la pétition d'hérédité; ou sans efficacité (*sine re, sine effectu*), lorsqu'un autre, d'après le droit civil, peut l'évincer de l'hérédité : celle-ci donne, du moins, l'avantage du rôle de défendeur dans le procès en pétition d'hérédité.

Il existe encore une distinction entre les possessions *edictales* ou *decretales,* telles que celles VENTRIS NOMINE ou EX CARBONIANO.

*Rapport; Accroissement entre cohéritiers; Transmission de l'hérédité; Indignité.*

Les descendants, dans certains cas, en venant à la succession de leurs ascendants, sont soumis au rapport de certains biens qu'ils ont reçus. Ce rapport, qui se nomme *collatio bonorum*, introduit par les préteurs, a été successivement étendu par des constitutions impériales, et enfin par Justinien.

Si l'un des héritiers vient à faire défaut, la part qu'il aurait eue revient à ses cohéritiers. C'est là ce qu'on nomme le droit d'accroissement, qui a lieu de plein droit, à l'insu et contre le gré des cohéritiers, dans les successions tant testamentaires qu'*ab intestat*, et dans les possessions des biens.

En règle générale, l'héritier ou le possesseur des biens qui meurent avant d'avoir accepté l'hérédité ou la possession des biens, ne transmettent pas à leurs héritiers le droit qu'ils y avaient. Cependant cette transmission est introduite, dans certains cas, par quelques constitutions impériales, et notamment par Justinien quand l'héritier est mort dans l'année de l'ouverture de ses droits, avant l'expiration du délai pour délibérer.

Dans certains cas, les legs, les fidéicommis ou les hérédités sont enlevés, pour cause d'indignité, à ceux qui y étaient appelés. En règle générale, les biens ainsi enlevés sont dévolus au fisc; cependant il existe certaines causes particulières d'indignité pour lesquelles les biens ne sont pas confisqués; mais ils passent au degré subséquent.

*Actions relatives aux héritiers* ab intestat *et aux possessions des biens.*

La pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) et l'action en partage (*familiæ erciscundæ*) s'appliquent aux successions *ab intestat* comme aux successions testamentaires. — Les possessions de biens donnent aussi droit à ces deux actions utiles, et en outre, à un interdit qui leur est propre, nommé l'interdit *quorum bonorum*, pour se faire mettre plus promptement en possession des choses héréditaires qu'un autre possède à titre d'héritier ou de possesseur.

SUCCESSIONS UNIVERSELLES AUTRES QUE PAR HÉRÉDITÉ.

Il existait quelques manières de succéder à l'universalité des biens d'une personne autrement que par hérédité, et même, dans plusieurs cas, de son vivant. Ces divers genres de successions sont ou considérablement restreints, ou totalement abrogés par Justinien.

De ce nombre étaient :

1° L'acquisition par adrogation, ou, pour généraliser davantage, l'acquisition universelle qui s'opérait lorsqu'un chef de famille, acquérant une personne *sui juris* en sa puissance (soit paternelle, soit maritale), acquérait en même temps et par cela seul tous les biens de cette personne, à l'exception de ceux que le changement d'état avait détruits. Sous Justinien, ceci ne peut plus recevoir d'application que dans le cas d'adrogation; et encore, par les institutions de cet empereur, l'adrogeant n'acquiert-il plus que l'usufruit et non la propriété des biens de l'adrogé.

2° L'addiction faite afin de maintenir les affranchissements, addiction

1195. Ces divers cas d'obligations formées par suite de la volonté respective des parties, et reconnues par l'ancien droit civil, constituent ce que l'on nomme des contrats (*contractus*).

1196. Telle est la gradation que suit en cette matière la marche du droit romain; elle est entièrement conforme à la marche même de la civilisation : — 1° le *Nexum*, ou solennité *per æs et libram*, argent pesé et donné en prêt, aliénation réelle ou fictive de la chose, selon le droit des Quirites, avec la loi de cette aliénation ; c'est-à-dire le symbole matériel, la réunion de la pantomime et des formules sacramentelles; — 2° les formules sacramentelles seules; — 3° l'écriture investie d'un caractère civil, sur un registre spécial et pour ainsi dire consacré; — 4° enfin le simple consentement, tant pour les citoyens que pour les étrangers, mais seulement dans quatre cas. — Avec cette dernière observation que, pour les obligations qui sont la conséquence de l'aliénation, de l'engagement réalisés d'une chose, la nécessité de la *mancipatio* a disparu avec le temps, et a été remplacée par la simple *traditio*. — Là s'arrête le droit civil; c'est le droit prétorien ensuite, et plus tard encore le législateur postérieur, les constitutions impériales, qui donnent effet et force obligatoire à quelques autres conventions particulières, lesquelles toutefois restent toujours étrangères à la dénomination de *contrats*.

1197. Voilà pour ce qui concerne les obligations formées par suite de la volonté mutuelle des parties. A l'égard des autres, le droit civil primitif a précisé et spécialement réglé un certain nombre de cas dans lesquels une obligation résulte du préjudice causé à autrui, soit à dessein, soit involontairement, mais à tort. Ainsi nous trouvons dans les fragments des Douze Tables trois cas de cette nature : le vol (*furtum*), le dommage (*damnum*), l'injure (*injuria*). Ces cas d'actes nuisibles, spécialement prévus par le droit civil comme produisant obligation et munis d'une action, constituent ce que l'on nomme maléfice (*maleficium*), délit (*delictum*), ou, dans l'expression antique, *noxa* (1). — Le droit prétorien a ensuite ajouté quelques cas particuliers de ce genre à ceux spécialement déterminés par le droit civil.

1198. Il y a donc, selon le droit civil primitif, deux sources d'obligations. C'est ce que Gaius énonce quand il écrit : « Obligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto (2). »

Et lorsque la jurisprudence en vient à reconnaître d'autres cas d'obligation, qui ne constituent véritablement ni un contrat ni un délit, cependant on les ramène aux deux sources primitives; on les y assimile; on dit que ce sont comme des figures variées de ces causes légitimes d'obligations (*variæ causarum figuræ*); que l'obli-

(1) Noxiæ appellatione omne delictum continetur. » Dig. 50. 16. *De verb. sign.* 238. § 3. f. Gai.; et 131. pr. f. Ulp. — (2) GAI. Comm. 3. § 88.

gation naît comme elle naîtrait d'un contrat (*quasi ex contractu*), ou comme elle naîtrait d'un délit (*quasi ex delicto*). Voilà pourquoi Gaius, dans un autre ouvrage, exprime ainsi en général les causes des obligations : « Obligationes aut ex contractu nascuntur, » aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum » figuris (1). » Ou bien, si l'on subdivise cette dernière source : *ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu*, et *quasi ex maleficio*.

1199. Du reste, il faut ajouter à part les obligations qui résultent des relations entre les personnes dans la constitution de la famille et de la société, et que la loi impose elle-même (*obligationes quæ ex lege nascuntur*). Nous verrons toutefois que les jurisconsultes romains les faisaient rentrer aussi, pour la plupart, dans la classe des obligations nées *quasi ex contractu*, bien qu'on puisse assigner pour caractère distinctif à celles qui méritent véritablement d'être rangées dans cette catégorie, qu'elles existent par les conditions générales de la famille ou de la société, sans avoir besoin, pour être engendrées, d'un fait personnel et particulier de l'obligé (2).

Par ces notions préliminaires se trouve expliqué suffisamment le paragraphe qui suit :

II. Sequens divisio in quatuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu : de quibus singulis dispiciamus.

2. Une division subséquente les distingue en quatre espèces : car elles naissent ou d'un contrat, ou comme d'un contrat; ou d'un délit, ou comme d'un délit. Traitons d'abord de celles qui naissent d'un contrat. A leur tour, elles se subdivisent en quatre espèces; en effet, elles sont formées ou par la chose, ou par paroles, ou par l'écrit, ou par le seul consentement. Traitons de chacune d'elles.

### *Des contrats. — Des conventions ou pactes.*

1200. Ici nous avons à traiter la matière, non plus seulement selon l'antique droit civil, mais selon la jurisprudence romaine, dans tout le développement que l'introduction des idées philosophiques et du droit des gens lui a donné. Ces idées se sont étendues, la langue juridique s'est modifiée et augmentée.

1201. Convention (*conventio*), ou pacte (*pactum, pactio*), sont des expressions génériques qui désignent le concours de volonté de deux ou de plusieurs personnes sur une même affaire. « *Et est*

(1) Dig. 44. 7. 1. pr. f. Gai. — (2) Modestin n'a pas suivi la méthode de classification historique, mais une énumération assez confuse, lorsqu'il a ainsi indiqué les causes d'obligations. « Obligamur aut re aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. » (Dig. 44. 7 52. f. Modest.)

» *pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus*, » dit Ulpien (1). En droit, il ne s'agit que de conventions portant sur une affaire juridique, c'est-à-dire sur un droit à créer, à modifier ou à éteindre.

1202. On distingue du pacte ou convention la simple promesse préalable faite par l'une des parties et non encore acceptée par l'autre, que les Romains nomment *pollicitatio*. « Pactum est » duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis » solius promissum » (2). Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels et privilégiés que la simple pollicitation produit un lien de droit (3).

1203. Le nom de contrat (*contractus*) est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil des Romains (4).

Toutes les autres conservent le nom générique de conventions ou pactes (*pacta*), à un tel point que, bien que quelques-unes aient été rendues obligatoires et munies d'action, soit par un droit civil plus récent, celui des empereurs, soit par le droit prétorien, elles n'en sont pas moins restées hors de la dénomination de *contrats* proprement dits, et dans la classe générale des pactes ou conventions. En principe rigoureux et selon le strict droit civil, les pactes ne produisent pas d'obligations. Cependant plusieurs circonstances, comme nous le verrons, peuvent modifier cette rigueur, et donnent aux pactes divers effets juridiques.

1204. Occupons-nous d'abord des contrats. Le texte, en exposant successivement ceux qui se forment *re, verbis, litteris*, et *consensu*, a suivi précisément, en son ordre d'exposition, l'ordre historique dans lequel, selon toute probabilité, ils ont été admis par le droit civil.

| TITULUS XIV. | TITRE XIV. |
| --- | --- |
| QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO. | DE QUELLE MANIÈRE LES OBLIGATIONS SE CONTRACTENT PAR LA CHOSE. |

(1) DIG. 2, 14. *De pactis*. I. § 2. f. Ulp. — Le même jurisconsulte nous donne ainsi l'étymologie des deux expressions : « § 1. *Pactum* autem a pactione dicitur, inde etiam *pacis* nomen appellatum est. — § 3. *Conventionis* verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti *convenire* dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. » — (2) DIG. 50. 12. 3. pr. f. Ulp. — (3) Un titre spécial est consacré, au Digeste, à cette matière, 50. 12. *De pollicitationibus*. — (4) Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. — § 1. Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus. » (DIG. 2. 14. 7. pr., et §§ 1 et suiv. f. Ulp.) Dans un sens plus étroit, Labéon n'applique le nom de contrats par excellence qu'à ceux dans lesquels il y a obligation réciproque entre les parties, ceux qu'on nomme *contrats synallagmatiques* : « Labeo, libro primo Prætoris urbani definit... contractum... ultro citroque obligationem, quod Græci συνάλλαγμα vocant. » (DIG. 50. 16. 19. f. Ulp.)

1205. Dans le sens le plus général, on dit qu'une obligation est formée *re*, par la chose, lorsqu'elle est la conséquence d'un fait matériellement accompli, duquel il résulte qu'une des parties a entre ses mains le bien de l'autre, ou s'est enrichie du bien de l'autre, ou a causé, par sa faute, préjudice à l'autre. Dans ce sens, on dit que dans les délits l'obligation est formée *re* (1); on en peut dire autant dans les cas d'obligations nées *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto* (2). C'est la source générale la plus abondante des obligations.

1206. Mais, ne nous occupant que des contrats, qui font en ce moment l'objet exclusif du texte, nous ferons remarquer qu'il y en a quatre dont la nature est telle que, bien qu'il y ait accord, concours de volonté entre les parties, l'obligation principale, essentielle, qui les caractérise, ne peut naître qu'autant qu'il y a eu livraison, prestation de la chose. Ce sont : le *mutuum*, que nous nommons aujourd'hui prêt de consommation; le *commodatum*, nommé par nous prêt à usage; le dépôt (*depositum*), et le gage (*pignus*). — Et le motif en est tout simple et irrésistible : c'est que, dans ces contrats, l'obligation essentielle et caractéristique est celle de rendre : or il ne peut être question de *rendre* qu'autant qu'on a préalablement *reçu*. Ce n'est pas en droit romain seulement, c'est en toute législation que ces contrats n'existeront jamais que par la chose (*re*). On les qualifie dans notre langue, mais non dans celle du droit romain, de *contrats réels*.

1207. Au temps antique du droit civil des Romains, lorsque les obligations se contractaient *nexu*, par la pièce d'airain et par la balance (*per æs et libram*), ces contrats ne se formaient pas seulement par la simple tradition de la chose; la solennité symbolique devait s'accomplir. Ainsi nous savons que, dans le *mutuum* (selon l'expression ancienne *æs creditum*), bien qu'il s'agît de choses *nec mancipi*, la balance et l'airain intervenaient, soit pour un pesage réel, soit comme symbole des temps où la monnaie n'existant pas, le métal se mesurait au poids (3); et c'est ce *nexum*, ce pesage du métal donné en prêt, qui a été le type primitif particulier d'où sont dérivées les autres formes de s'obliger par paroles ou par écrit. Nous savons que dans le *depositum* et dans le *pignus*, bien qu'il ne s'agît réellement pas de transférer le domaine romain, cependant l'*æs et libra*, la *mancipatio* intervenaient aussi (4). Mais, avec le temps, le consentement et la simple tradition ou prestation des choses suffirent pour former ces contrats. (App. 10, liv. 3.)

---

(1) Dig. 44. 7. 4. f. Gai. — Inst. 4. 1. pr. — (2) Dig. 44. 7. 46. f. Paul. — Et ci-dessous, § 1 de notre titre même. — (3) Gai. Comm. 1. § 122. — (4) Gai. Comm. 2. § 60. — Voir aussi Varron, *De ling. lat.* 4. — Festus, aux mots *Nexum* et *Nuncupata*. — Saint Isidore de Séville, dans ses *Livres des origines ou étymologies*, 5 25. *Fiducia*.

1208. L'expression de *credere* (croire, confier) était, comme nous l'avons déjà dit, générale, et s'étendait à tous les cas où l'on traitait avec autrui, se fiant à sa foi pour recevoir plus tard quelque chose de lui en vertu de ce contrat. Cependant on l'appliquait plus spécialement aux quatre contrats dont il s'agit ici, qui présentent plus nettement ce caractère de confiance; aussi le préteur, sous le titre *de rebus creditis*, traitait-il dans son édit du *mutuum*, du commodat et du gage. Mais plus particulièrement encore l'expression de *res credita* était employée pour le cas de *mutuum* (1).

**Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit *quæ pondere, numero mensurave constant*, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus *ut accipientium fiant*. Et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat*. Et ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur *condictio*.**

**L'obligation se contracte par la chose, *re*, par exemple par la dation d'un *mutuum*. Cette dation ne s'applique qu'aux choses *qui se pèsent, se nombrent ou se mesurent*, comme le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé, l'airain, l'argent, l'or : en donnant ces choses au nombre, à la mesure ou au poids, c'est pour *qu'elles deviennent la propriété de ceux qui les reçoivent;* de telle sorte qu'ils doivent nous rendre, non les mêmes choses, mais des choses de même nature et de même qualité. D'où le nom de *mutuum*, parce que ce que je te donne, *de mien devient tien*. De ce contrat naît l'action nommée *condictio*.**

1209. *Quæ pondere, numero mensurave constant*. Nous avons déjà défini, en général, cette classe particulière de choses; d'où l'on a tiré le barbarisme des choses fongibles (*fungibiles vel non fungibiles*), qui n'appartient ni au droit ni à la langue des Romains. Nous savons que cette distinction ne revient, en réalité, qu'à celle des choses considérées dans leur genre (*in genere*), ou dans leur individu (*in specie*), et que, bien qu'il y ait des choses qui, par leur nature physique, se considèrent plutôt de l'une ou de l'autre manière, cependant l'intention des parties peut en décider autrement (*Génér.*, tom. I, n°° 139 et suiv.). Dans le *mutuum*, les choses sont toujours appréciées *in genere*.

*Ut accipientium fiant*. C'est le caractère essentiel du *mutuum*;

(1) « *Rerum creditarum* titulum præmisit (prætor) : omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur; nam ut lib. 1. Quæstionum Celsus ait, *credendi* generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit; nam cuicunque rei adsentiamus, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere dicimur*. *Rei* quoque verbum, ut generale, prætor elegit. (DIG. 12. 1. *De rebus creditis*. 1. f. Ulp.) — « *Creditum* ergo a *mutuo* differt, qua genus a specie; nam creditum existit extra eas res quæ pondere, numero, mensura continentur : sicut, si eandem rem recepturi sumus creditum est. » (DIG. *Ib*. 2. § 3. f. Paul.) — « Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito : veluti stipulatione. » (*Ib*. 2. § 5. f. Paul.)

les choses *prestées* sont transférées en propriété. D'où la conséquence que le *presteur* doit en être propriétaire, et avoir la faculté d'aliéner (1). Si cette double condition n'a pas lieu, qu'arrivera-t-il donc? Les choses *prestées* ne seront pas aliénées, l'obligation résultant du *mutuum* ne sera point née : ce sera l'action réelle, la *rei vindicatio* qui existera en faveur du propriétaire; sauf l'action personnelle qui naîtra contre celui qui a reçu les choses, par suite de la consommation qu'il en aura faite de bonne ou de mauvaise foi, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (t. II, n°° 603 et 604) à l'égard des choses données en *mutuum* par le pupille, sans autorisation du tuteur (2).

*Ut ex meo tuum fiat*. Cette étymologie, vraie ou fausse, indique le caractère principal du contrat. Varron (*De lingua latina*, lib. IV) fait dériver *mutuum* du mot grec μοῖτον. Dans son acception primitive et propre, *mutuum* ne désigne pas le contrat, mais bien l'objet presté; quant au contrat, il se nomme *mutui datio*. Il en est de même des expressions *commodatum*, *depositum*, *pignus*.

1210. *Condictio*. L'action qui naît du *mutuum* est la *condictio certi*, sur laquelle nous aurons à revenir en traitant des actions. Nous savons, par les notions acquises jusqu'ici, que le mot *condictio* est une expression générale pour certaines actions personnelles (*in personam*), par lesquelles nous soutenons qu'un autre est obligé envers nous à transférer en propriété ou à faire (*dare, facere oportere*) (3); que la *condictio* prend le nom de *condictio certi*, quand elle a pour objet une chose certaine, déterminée : et que la *condictio certi* s'applique à divers cas : de ce nombre, et par excellence, se trouve le *mutuum*, puisque le demandeur y soutient que l'emprunteur est obligé de lui transférer en propriété des choses de tel genre, de telle qualité, en tel poids, nombre ou mesure (tom. II, n° 603). Le *mutuum* n'est donc pas muni d'une action spéciale, qui lui soit exclusivement consacrée, mais il reçoit l'application d'une action générale, commune à plusieurs autres cas.

1211. Au contrat du *mutuum* se rattache la disposition du sénatus-consulte MACÉDONIEN, dont nous aurons à parler plus tard (ci-après, Instit. 4. 7. § 7), par laquelle il fut décidé que quiconque prêterait de l'argent à un fils de famille sans le consentement du chef n'aurait aucune action pour se le faire rendre.

1212. C'est aussi à ce contrat que se réfère historiquement, non pas d'une manière exclusive, mais par une relation fréquente, cet engagement qui tient une place si marquée dans l'histoire romaine, et qui a été l'occasion de tant de troubles entre les patriciens et

(1) DIG. 12. 1. 16. f. Paul. — (2) *Ib.* 19. § 1. f. Julian. — (3) GAI. Comm. 4. §. 5. — INST. DE JUSTIN. 4. 6. § 15. — Voir tom. I, *Génér.* n°° 258 et 276.

les plébéiens, de tant de mesures politiques ou législatives (1) : l'engagement pris par le débiteur de payer des intérêts (*fœnus, versura,* plus récemment *usuræ*).

L'obligation qui naît du *mutuum* étant formée *re,* par la chose, et consistant à *rendre* ce qui a été reçu, il est évident qu'elle ne saurait comprendre les intérêts, qui sont un objet tout nouveau, un accroissement à ce qui a été réellement donné. Si les parties veulent que des intérêts soient dus, il faut donc pour cela un engagement particulier du débiteur, une promesse spéciale sur stipulation (2) ; et alors ce n'est pas pas en vertu du *mutuum;* c'est en vertu de cette cause particulière et distincte d'obligation; qu'ils sont dus. C'est ce qu'il importe de bien remarquer. — Du reste, même en dehors du *mutuum* et des stipulations spéciales dont il pourrait être accompagné, et pour quelque motif que l'obligation principale existe, il est diverses circonstances où des intérêts peuvent être dus, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu de clauses testamentaires, ou des dispositions de la loi. C'est une matière importante, à laquelle nous consacrerons, plus loin, un examen particulier.

1213. Les Romains connaissaient sous le nom de *trajectitia pecunia, nautica pecunia,* le prêt que nous nommons aujourd'hui prêt à la grosse aventure, ou simplement prêt à la grosse (3), dans lequel la somme prêtée, ou les marchandises achetées avec cette somme sont destinées à être transportées par mer, d'où l'épithète de *trajectitia* (*quæ trans mare vehitur*), de telle sorte que le créancier en court les risques depuis le jour du départ du navire jusqu'à celui de l'arrivée à destination (4). Ces risques peuvent porter aussi sur le navire, ou sur certains objets du navire ou de la cargaison affectés en gage au payement de la créance (5). C'est là une variété de *mutuum,* modifié par la convention aléatoire qui accompagne le contrat. Les dangers de non-remboursement y étant plus grands que dans le *mutuum* ordinaire, le taux des intérêts y pouvait être plus élevé (6). Cependant ces intérêts *nauticum fœnus, usuræ maritimæ*) n'étaient pas dus par l'effet seul du prêt : ils ne l'étaient qu'en vertu d'une convention spéciale des parties ; mais, comme par sa nature ce contrat était destiné à pourvoir à des relations fréquentes du droit des gens, on n'avait pas été aussi sévère ici que dans le simple *mutuum;* la solennité d'une stipulation n'était pas nécessaire pour que l'intérêt maritime, le *nauticum fœnus* fût dû : un simple pacte aurait suffi. Il en était de même dans d'autres contrats aléatoires, par exemple,

(1) Tacit. *Annal.* lib. 5. cap. 16. Tit.-Liv. lib. 6. §§ 35 et 39; lib. 7. §§ 27. 16. 42. — (2) Dig. 19. 5. 24. f. Afric. — Cod. 4. 32. 3. const Sever. et Anton. — 22 const. Philipp. — (3) Dig. 22. 2. et Cod. 4. 33. *De nautico fœnore.* — Nov. 106 et 110. — (4) Dig. *Ibid.* 3 fr. Modest. 4. fr. Papin. et 6 fr. Paul. — Cod. *Ibid.* 1 et 4. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. *Ibid* 6. fr. Paul. — (6) Paul. Sentent. 2. 14. § 3. — Cod. 4. 32. 26. const. Justinian.

lorsque je prête à un pêcheur, en convenant que je toucherai une somme plus forte, en cas de pêche heureuse seulement (1).

I. Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quam contrahere.

1. Celui qui reçoit un payement qui ne lui est pas dû, et qui lui est fait par erreur, est obligé *re* · on donne contre lui au demandeur en répétition l'action *condictitia*. En effet, la condiction, S'IL PARAIT QU'IL DOIVE DONNER, peut être intentée contre lui absolument comme s'il avait reçu un *mutuum*. Aussi le pupille à qui il a été fait par erreur, sans autorisation du tuteur, un payement non dû, n'est pas plus tenu de la condiction de l'indu qu'il ne le serait par une dation de *mutuum*. Du reste, l'espèce d'obligation dont il s'agit ici ne paraît point provenir d'un contrat, puisque celui qui donne dans le but de s'acquitter entend plutôt éteindre que faire naître une obligation.

**1214.** Cette matière n'appartient pas aux contrats, mais bien aux obligations qui se forment *quasi ex contractu*, puisqu'il n'y a pas concours de volonté dans le but de contracter obligation : nous remettrons donc à nous en occuper plus tard.

II. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur;* nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa in casus intervenerit. Alioquin, si id quod tibi commodatum est peregre tecum ferre malueris, et, vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio, amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin, mer-

2. Celui à qui une chose est remise pour qu'il s'en serve, c'est-à-dire en commodat, est aussi obligé *re*, et il est tenu de l'action *commodati*. Mais il diffère grandement de celui qui a reçu un *mutuum*, car la chose ne lui est pas donnée en propriété; et, par conséquent, il est tenu de la rendre elle-même identiquement. En outre, celui qui a reçu une chose en *mutuum*, s'il vient à la perdre par cas fortuit quelconque, comme par incendie, par ruine, par naufrage, par attaque des voleurs ou des ennemis, n'en reste pas moins obligé. Quant à celui qui a reçu une chose en commodat, il doit sans doute *apporter à sa garde un grand soin*, et il ne lui suffirait pas d'y avoir donné le même soin qu'il est dans l'habitude de donner aux siennes propres, si une personne plus soigneuse eût pu la conserver; mais il n'est pas tenu des cas fortuits ou de force majeure, s'ils n'ont point été causés par sa faute. Mais si tu emportes en voyage la chose qui t'a été prêtée en commodat, et que tu la perdes par naufrage ou par l'attaque des voleurs ou des ennemis, il n'est pas douteux que tu ne sois tenu de

(1) DIG. *Ibid.* 5. pr. et § 1. fr. Scævol. et 7. fr. Paul.

cede interveniente, locatus tibi usus rei videtur, *gratuitum enim debet esse commodatum.*

la restituer. Il n'y a commodat proprement dit que si le service de la chose a été concédé sans aucune rétribution ni engagement de rétribution; du moment qu'il y a rétribution, on voit dans l'acte un louage; *car le commodat doit être gratuit.*

1215. Les choses, dans ce contrat, sont considérées *in specie*, comme corps certain. C'est identiquement l'objet, le corps même qu'il a reçu (*species*), que l'emprunteur (*qui commodatum accepit*) doit restituer. Le prêteur (*commodans*) ne lui en a transmis ni la propriété ni même la possession; ce n'est qu'au nom du commodant, pour lui, et en quelque sorte comme son instrument, que le commodataire le détient : « Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus. » — « Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat (1). »

Aussi l'obligation, et par suite l'action du commodat prennent-elles naissance bien que celui qui a prêté les choses n'en soit pas propriétaire. « Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus. — Ita ut etsi fur vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem (2). »

1216. Les choses mobilières (*res mobiles*) ou immobilières (*res soli*) peuvent être l'objet d'un commodat (3). Celles dont on ne retire communément de services que par la consommation (*quæ ipso usu consumuntur*) ne peuvent l'être qu'autant qu'elles ont été envisagées par les parties comme corps certain (*in specie*) et prêtées seulement pour la montre, pour l'ostentation (*ad pompam vel ostentationem*), pour une utilité quelconque à retirer d'elles sans les consommer (tom. I, *Génér.*, n[os] 139 et suivants) : « Non » potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam » vel ostentationem quis accipiat (4). »

1217. L'obligation principale de celui qui a reçu la chose en commodat est de la rendre; mais seulement après qu'elle a servi au service pour lequel on lui en a fait la prestation (5). Il doit en outre la conserver avec soin.

*Exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur.* Le texte nous fait suffisamment connaître qu'il ne faut pas considérer ici le caractère habituel du commodataire, mais ce que ferait un bon père de famille, un homme très-diligent. Gaius précise encore mieux cette obligation : « In rebus commodatis talis » diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater

(1) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra.* 8. fr. Pomp. et 9. fr. Ulp. — (2) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra.* 15. fr. Paul. et 16. fr. Marcell. — (3) Quoique Labéon n'appliquât spécialement le nom de commodat qu'au cas de choses mobilières (Dig. 13. 6. 1. § 1. fr. Ulp.). — (4). Dig. 13. 6. 3. § 6. Ulp. — « Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » (*Ib.* 4. fr. Gai.). — (5) Dig. 13. 6. 17. § 3. fr. Paul.

» familias suis rebus adhibet : ita ut tantum eos casus non præstet, » quibus resisti non possit (1). » Et Ulpien nous en donne le motif, c'est que le contrat est fait ordinairement dans le seul intérêt du commodataire : « Commodatum autem plerumque solam utilitatem » continet ejus cui commodatur ; et ideo verior est Quinti Mucii sen» tentia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam (2). » Le commodataire répond donc non-seulement de son dol, mais de toute faute (*culpa*), de tout défaut de soins (*diligentia*). Il est chargé de la garde de la chose : « Custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præstare (3). » Le cas fortuit seul est hors de sa responsabilité ; encore ne s'agit-il que de ces cas fortuits qu'il n'a pu prévenir, auxquels, comme dit Gaius, on ne peut résister (*quibus resisti non possit*). Ainsi il répondra du vol fait sans violence, puisqu'il est tenu de la garde de la chose (*custodia*) (4) ; et même des cas irrésistibles, si c'est par sa faute que les choses y ont été exposées, comme le texte nous en donne un exemple, en supposant que le commodataire a emporté en voyage ce qui lui avait été prêté pour la maison (5). Enfin, dans ces périls de force majeure il répondra encore des choses prêtées, s'il les a laissées périr afin de sauver les siennes : « Nisi forte, cum posset rem commodatam salvam facere, suam prætulit (6). » — Du reste, il ne doit employer la chose qu'à l'usage pour lequel elle a été prêtée : hors de là, il commettrait un vol d'usage, et il serait tenu en conséquence (7).

1218. *Gratuitum enim debet esse commodatum*. C'est une condition essentielle du commodat ; sans quoi il dégénère en une autre convention : en un contrat de louage, si le prix consiste en argent monnayé ; en un simple pacte, s'il s'agit de toute autre rétribution (8). Cela est important, surtout en droit romain, parce qu'on tombe dès lors en d'autres règles et en d'autres actions. — Ce principe n'empêche pas que le commodat ne puisse avoir lieu quelquefois dans l'intérêt du prêteur en même temps que dans celui de l'emprunteur. Gaius cite le cas où, vous et moi ayant invité un ami commun à un repas dont vous vous êtes chargé seul, je vous aurai prêté de l'argenterie (9). Ou même dans l'intérêt exclusif du commodant : Ulpien cite le cas où l'on prête des objets à sa fiancée ou à son épouse, pour qu'elle soit amenée en plus grande parure au domicile conjugal (*ad domum viri deducta*) ; et celui où un préteur donnant des jeux, prête des objets aux acteurs pour leurs rôles sur la scène (10). Dans ces cas,

(1) Dig. 13. 6. 18. pr. fr. Gai. — (2) Dig. 13. 6. 5. § 2. fr. Ulp. — (3) *Ib.* § 5. — Paul. Sentent. 2. 4. § 3. — (4) Dig. 13. 6. 10. § 1. fr. Ulp., combiné avec Dig. 47. 2. 78. fr. Papin. — (5) Voir aussi Paul. Sent. 2. 4. § 3. — (6) Paul. Sentent. 2. 4. § 2. — Dig. 13. 6. 5. § 4. fr. Ulp. — (7) Dig. 13. 6. 5. § 8. fr Ulp. — Et ci-dessous, Inst. 4. 1. § 7. — Dig. 47. 2. 54. § 1. — (8) Dig. 3. 6. 5. § 12. f. Ulp. — (9) Dig. 13. 6. 18. p. f. Gai. — (10) *Ibid.* 5. § 10. f. Ulp.

la responsabilité de celui qui a reçu les choses est plus restreinte : il ne répond que de son dol, et de ses fautes graves (*lata culpa*), qui sont assimilées au dol.

1219. Dans la langue de notre droit français, on a tiré de l'expression générale *præstare*, fournir, faire prestation, la dénomination de *prêt*, qu'on a particularisée, et qui est restée propre et commune aux deux contrats de *mutuum* et de *commodat*, malgré les différences caractéristiques qui les séparent.

**III.** Præterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda, tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine id est desidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

**3.** Celui chez qui une chose est déposée se trouve encore obligé *re*, et tenu de l'action de dépôt; car il doit restituer identiquement la chose qu'il a reçue. Mais il n'est responsable que du dol qu'il aurait commis et non de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence : il est donc en sécurité si la chose, gardée avec peu de vigilance, lui a été volée : en effet, celui qui a confié la garde de sa chose à un ami négligent doit imputer cette perte à sa propre imprudence.

1220. Ulpien définit le dépôt et nous donne l'étymologie de sa dénomination en ces termes : « Depositum est, quod custodiendum » alicui datum est. Dictum ex eo quod ponitur (1). »

Les choses, dans ce contrat, sont encore considérées *in specie*, comme corps certain. Le déposant (*deponens*) en garde la propriété et même la possession : « Rei depositæ proprietas apud deponentem » manet, sed et possessio (2). » Ainsi l'argent monnayé même, lorsque dans la convention il n'y a eu véritablement qu'un dépôt, doit être rendu identiquement (3).

1221. L'obligation principale du dépositaire (*depositarius*) est de restituer. Il doit faire cette restitution dès que le déposant la demande, lors même qu'on aurait indiqué un terme dans le dépôt, car ce terme serait censé l'avoir été dans l'intérêt du déposant (4). La restitution doit se faire au lieu où l'objet déposé se trouve entre les mains du dépositaire, quel qu'ait été le lieu du dépôt, pourvu qu'il n'y ait en cela aucun fait de dol. « Depositum eo loco restitui » debet in quo sine dolo malo ejus est apud quem depositum est : » ubi vero depositum est, nihil interest (5). »

Le dépositaire est en outre obligé à la garde de la chose. Le texte nous explique suffisamment qu'il ne répond à cet égard que de son dol; et il nous en donne le motif : c'est que le déposant doit s'imputer à soi-même d'avoir choisi un dépositaire négligent, motif auquel il faut ajouter cet autre donné par Ulpien, que le dépôt a lieu dans le seul intérêt du déposant : « Quia nulla utilitas

(1) Dig. 16. 3. *Depositi vel contra*. 1. pr. f. Ulp. — (2) *Ib*. 17. § 1. f. Florent. — (3) *Ib*. 24. f. Papin. et 1. § 36. f. Ulp. — (4) Dig. 16. 3. 1. §§ 45 et 46 f. Ulp. — (5) *Ib*. 12. § 1. f. Pompon.

» ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur » solus (1). » Dans le dol se trouve comprise la faute grave, regardée par les jurisconsultes romains comme équivalente, celle qui consiste, suivant la définition qu'en donnent Paul et Ulpien en termes identiques, à ne pas comprendre ce que tout le monde comprend (*non intelligere quod omnes intelligunt* (2); et même en cela il faut ici, suivant Celse, aller plus loin : il faut considérer le caractère personnel du dépositaire; car, s'il n'a pas même apporté à la garde du dépôt le soin qui, dans son caractère ordinaire, lui est habituel, il a trompé le déposant (3). — Du reste, il répondrait même de la simple faute (*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam*) s'il s'en était spécialement chargé par la convention, ou s'il s'était offert lui-même pour prendre le dépôt (*si se deposito obtulit*) (4).

1222. Le dépôt, comme le commodat, est essentiellement gratuit; car si un prix a été convenu pour la garde des objets, le contrat dégénère en louage de services, et il faut dès lors recourir aux règles et aux actions du louage (5). Le dépositaire ne peut même se servir de la chose, il commettrait en cela un vol d'usage (6), à moins qu'il n'y ait été autorisé soit expressément, soit tacitement. Encore, dans ce cas, le contrat change-t-il de nature, et devient-il, selon les circonstances, soit un commodat, soit un louage, soit même un *mutuum,* quand il s'agit de choses *in genere,* et qu'on peut dire que la propriété en a été transférée à celui qui les a reçues (7).

1223. Le préteur avait distingué dans son édit le cas de dépôt fait pour cause de tumulte, d'incendie, de ruines, de naufrage (*tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa*); cause venant de la nécessité et non de la libre volonté du déposant (*ex necessitate descendentem non ex voluntate proficiscentem*); les jurisconsultes considéraient qu'il y avait ici un intérêt commun, une utilité publique (*publica utilitas, reipublicæ causa*) à protéger la foi due à de semblables dépôts, et un accroissement de perfidie à violer cette foi (*crescit perfidiæ crimen*). En conséquence, le préteur donnait en ce cas une action au double contre le dépositaire infidèle (8). Ce dépôt se nomme dans les écoles, dépôt

(1) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. Ulp., et 223. pr. f. Paul. — (3) Dig. 16. 3. 32. f. Cels. — (4) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — 16. 3. 1. § 35. f. Ulp. — (5) Dig. 16. 3. 1. §§ 8 à 10. f. Ulp. — (6) Instit. 4. 1. § 6. — (7) Dig. 16. 3. 1. § 9, et 34 f. Ulp. — 12. 1. f. 9. § 9, et f. 10. Ulp. — 17. 1. 34. pr. f. Afric. — 47. 2. 76. pr. f. Pomp. — (8) Dig. 16. 3. *Depositi.* 1. §§ 1 à 4. f. Ulp. Le texte de l'édit, que contient ce § 1, est ainsi conçu : « Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causa depositum sit, in simplum : (ex) earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum. In heredem ejus, quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum : quod ipsius, in duplum judicium dabo. » — 18. f. Nerat. — Coll. L. M. et R. 10. 2. § 7. f. Modest.

*misérable*, plus généralement, dépôt *nécessaire*, dont il forme la principale hypothèse.

1224. Il arrive quelquefois que, soit par suite d'un litige, soit par suite de quelque intérêt commun entre deux ou plusieurs personnes, relativement à une même chose, il devient utile ou nécessaire, par mesure conservatoire, de déposer cette chose pendant un certain temps, ou en attendant certain événement, pour qu'à l'époque ou à l'événement déterminés, elle soit rendue à celui ou à ceux qui y auront droit. C'est là une variété de dépôt, qui peut être fait soit volontairement par les parties intéressées, soit sur l'ordre du préteur ou du juge (1). Le nom de *sequester* désigne, chez les Romains, le dépositaire qui reçoit un tel dépôt (2); *sequestrare, sequestratio*, l'action de déposer de cette sorte (3) : d'où nous avons fait, en français, le mot *séquestre*, appliqué au contrat lui-même. — Diverses nuances distinguent cette sorte de dépôt du dépôt ordinaire : il est fait par plusieurs, sous certaines conditions déterminées, relatives soit à la personne, soit à l'époque à laquelle la restitution devra être faite; d'où il suit qu'il ne doit être rendu que conformément à ces conditions. Ces caractères se trouvent résumés laconiquement, par le jurisconsulte Paul, en ces termes : « Proprie in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum » reddendumque traditur (4). » — On peut noter encore cette particularité, que le *sequester*, c'est-à-dire le dépositaire, en acceptant un tel dépôt, a accepté une sorte d'office (*officium*), dont il ne pourrait se faire décharger avant le temps que très-difficilement et pour des motifs graves, par l'autorité du préteur (5).

IV. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur : et debitoris quo magis pecunia ei crederetur; et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, *placuit sufficere* quod ad eam rem custodiendam *exactam diligentiam* adhibe-

4. Enfin le créancier qui a reçu un gage est encore obligé *re*; car il est tenu par l'action *pigneratitia* de restituer identiquement la chose qu'il a reçue. Mais, comme le gage est donné dans l'intérêt des deux contractants : dans l'intérêt du débiteur, pour lui faire trouver plus aisément crédit; dans celui du créancier pour mieux garantir sa

(1) Dig. 2. 8. *Qui satisdare cogant.* 7. § 2. fr. Ulp. — 24. 3. *Soluto matrim.* 22. § 8. fr. Ulp. — 49. 1. *De appellation.* 21. § 3. fr. Papir. Just. — Cod. 7. 18. *Quibus ad libertat.* 3. *in fine* const. Constant. — 7. 45. *Quorum appellation.* 5. const. Valens. Gratian. et Valentin. — 4. 4. *De prohibita sequestratione pecuniæ*, const. *unica* Honor. et Theod. — (2) Modestin en donne ainsi qu'il suit la prétendue étymologie : « *Sequester* dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt : dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi *sequenti* eos qui contendunt, committitur. » (Dig. 50. 16. *De verborum signific.* 110. fr. Modest.) — Aulu-Gelle (20. 11.) en donne cette autre : « ... Quod ejus qui electus sit, utraque pars fidem *sequatur*. » — Voir aussi Festus, au mot *Sequester*. — (3) Dig. 24. 3. 22. § 8. fr. Ulp. — Cod. 4. 4. const. *unica* Honor. et Theod. — (4) Dig. 16. 3. *Depositi.* 6. fr. Paul. — (5) *Ibid.* 5. § 2. fr. Ulp.

ret; quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

créance, *on a décidé qu'il suffirait* que le créancier apportât à la garde du gage *un grand soin* : si, malgré ce soin, il perd la chose par quelque cas fortuit, il est à l'abri de toute responsabilité, et rien n'empêche qu'il ne poursuive sa créance.

1225. Le gage (*pignus*) se présente dans le droit sous deux rapports bien différents, qu'il importe de distinguer avec grand soin :

1° Sous le rapport du droit réel conféré au créancier sur l'objet donné en gage ;

2° Sous le rapport du contrat, des liens personnels, c'est-à-dire des obligations formées entre le créancier gagiste et le débiteur.

1226. Sous le rapport du droit réel, dont nous avons déjà indiqué le caractère (t. I, *Génér.*, n° 234 ; — t. II, n° 513), le gage n'est traité dans les Instituts qu'à l'occasion des actions qui en résultent (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 7) ; il se confond avec l'hypothèque (*hypotheca*) ; et le droit réel peut en être conféré même par le simple consentement, sans aucune tradition (1).

1227. Il ne s'agit ici que du gage considéré comme contrat ; contrat qui n'existe que par suite de la remise de la chose (*re*), puisque l'obligation principale qui le constitue est celle de rendre. — Les choses immobilières (*res soli*), comme les choses mobilières, peuvent être données en gage, quoique quelques jurisconsultes romains pensassent qu'à proprement parler, l'expression de gage ne s'appliquait qu'aux meubles (2). — La chose donnée en gage reste toujours à son propriétaire ; néanmoins le créancier acquiert sur elle le droit tout particulier qui constitue sa garantie ; et de plus, les effets du droit de possession se partagent entre lui et celui de qui il tient le gage (3) : en effet, le créancier, à la différence du commodataire et du dépositaire, acquiert le droit aux actions et aux interdits possessoires qui ont pour but de faire maintenir la chose en son pouvoir (4) : c'est comme une sanction de son droit réel.

1228. L'obligation principale du créancier est de restituer le

(1) Dig. 13. 7. *De pigneratitia actione vel contra*. 1. pr. f. Ulp. — Toutefois le même jurisconsulte ajoute : « Proprie *pignus* dicimus quod ad creditorem transit : *hypothecam*, cum non transit, nec possessio ad creditorem. » 9. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 238. § 2. f. Gai. : « Pignus appellatum a pugno ; quia res quæ pignori dantur manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, prius proprie rei mobilis constitui. » — (3) Voir ce que nous avons dit sur cette division des effets du droit de possession, tom. II, n° 352, notes 2 et 3. — (4) « Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. » Dig. 13. 7. 35. § 1. f. Florentin. — Voir en outre, Dig. 10. 4. 3. § 15. f. Ulp. — 41. 3. 16. f. Javolen.

gage qu'il a reçu, mais seulement après entière satisfaction à sa créance (1). Il doit, en outre, donner ses soins à la conservation de la chose. Il nous faut examiner, avec le texte, l'étendue de cette obligation.

*Placuit sufficere exactam diligentiam.* La notion que nous donne ici le texte sur la responsabilité du créancier gagiste doit être complétée par celles que nous trouvons dans les fragments des jurisconsultes. Nous y voyons, en plus d'un endroit, que le créancier est chargé de la conservation et de la garde (*custodia*) de la chose qui lui a été remise en gage; qu'il répond à ce sujet non-seulement de son dol, mais encore de ses fautes, et qu'il est assimilé sur ce point au commodataire : « Venit autem in hac » actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia : » vis major non venit (2). » Ainsi, il ne suffit pas d'examiner son caractère personnel, mais on est en droit d'exiger de lui tous les soins qu'un bon père de famille diligent apporterait à sa chose : « Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet » a creditore exiguntur (3). » Les expressions *exactam diligentiam* de notre texte doivent donc s'entendre en ce sens : c'est du reste leur portée usuelle; ce sont exactement les mêmes expressions qui ont été employées ci-dessus, au § 2, pour le cas de commodat. — Cependant la rédaction de notre paragraphe semblerait indiquer que, comme le contrat de gage intervient non-seulement dans l'intérêt du créancier, mais aussi dans celui du débiteur, car si l'un y trouve sûreté, l'autre y a trouvé du crédit, on doit être moins sévère à l'égard du créancier à gage qu'à l'égard du commodataire. Cette rédaction a donné lieu aux commentateurs de construire sur les fautes une théorie qui les divise en trois classes : la faute grave (assimilée au dol), la faute légère (imputable au créancier gagiste), et la faute très-légère (imputable au commodataire). Division scolastique, qui n'est pas dans les textes des jurisconsultes romains, et qu'en conséquence nous n'admettons pas (4).

1229. Indépendamment des quatre contrats dont nous venons de traiter, le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage, qui ont chacun une existence propre, une nature distincte et des effets particuliers, il existe un nombre illimité de contrats dans lesquels on dit encore, en droit romain, que l'obligation est formée *re*, mais qui, n'ayant pas de caractère spécial et distinctif entre eux et se rattachant tous à une même cause générale d'obligation, ont été qualifiés vulgairement, dans la doctrine, de contrats *innommés*. Nous devons nous en occuper plus loin.

---

(1) DIG. 13. 7. 9. § 3. f. Ulp. — f. 11. § 5. et f. 24. § 1. Ulp. — 33. f. Marcian. — (2) DIG. 13. 7. 13. § 1. f. Ulp. — Voir aussi 30. f. Paul. — 50. 17. 23. f. Ulp. — Et COD. 4. 24. *De pigneratitia actione*, constit. 5 à 9. — (3) DIG. 13. 7. 14. f. Paul. — (4) Nous reviendrons sur ce sujet, quand nous aurons exposé les règles des contrats en assez grand nombre pour généraliser.

ACTIONS QUI NAISSENT DES CONTRATS FORMÉS (RE) PAR LA CHOSE.

1230. Ces quatre contrats, sous le rapport des actions qu'ils engendrent, ne sont pas sur la même ligne : le *mutuum* d'une part, et de l'autre les trois autres contrats, le commodat, le dépôt et le gage, forment deux classes bien distinctes qui se séparent sur divers points :

1231. 1° Le *mutuum*, ainsi que nous l'avons déjà dit, est muni, non pas d'une action spéciale et qui lui soit exclusivement propre, mais d'une action générale, commune à plusieurs autres cas : la *condictio certi* (1). — Le commodat, le dépôt et le gage, au contraire, ont chacun une action toute spéciale, et désignée par leur propre nom : *actio commodati, actio depositi, actio pigneratitia*. Dans le cas de dépôt nécessaire pour cause de tumulte, incendie ou autre semblable, l'action *depositi* est donnée au double contre le dépositaire infidèle, mais non contre son héritier étranger à la fraude. Dans le cas de séquestre, l'action prend l'épithète d'*actio depositi sequestraria* (2).

1232. 2° La *condictio* est dérivée d'une vieille action de la loi (tom. I, *Hist.*, n° 240; *Génér.*, 279) qui prend son principe dans l'antique droit civil des Romains, et qui a passé, en subissant les modifications successives propres à ce genre d'institutions, du système des actions de la loi dans celui des formules, et enfin dans la procédure extraordinaire. Elle a pris le nom de *condictio certi*, quand il s'agit d'une chose certaine et déterminée, par opposition à la *condictio incerti*, introduite plus tard. Elle a toujours gardé son ancien caractère : c'est une action éminemment de droit strict (*stricti juris*). Les actions *commodati, depositi, pigneratitia*, au contraire, sont des actions de bonne foi (3).

1233. 3° Il suit de là que le *mutuum* n'a jamais été considéré chez les Romains que comme un contrat ne produisant obligation que de la part d'une partie (ce que nous nommons contrat unilatéral). C'est là un caractère tout particulier et bien remarquable, commun à tous les contrats de strict droit civil. Celui-là seul qui a reçu les choses en *mutuum* (jadis par la pièce d'airain et par la balance, en prononçant les paroles solennelles), celui-là seul s'est lié à l'autre ; il s'est lié pour une chose certaine et déterminée, à laquelle le juge ne peut ni ajouter ni retrancher, et qu'il ne peut balancer par aucune considération d'équité : c'est donc contre lui

(1) On la trouve cependant nommée *actio mutui*, dans une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (Cod. 7. 35. 5.) ; mais cette expression, qui n'appartient pas à la jurisprudence romaine, ne peut pas même, dans cette constitution, être prise comme une dénomination technique. — (2) Dig. 16. 3. *Depositi*. 12. § 2. fr. Pomp. — 4. 3. *De dolo malo*. 7 § 3. fr. Ulp. — (3) Voir ci-dessous, Instit. 4. 6. § 28.

seul et pour cette chose seulement que la *condictio certi* est donnée. Il est possible que le prêteur, dans la prestation qu'il lui a faite, ait commis quelque acte imputable : par exemple, qu'il lui ait donné, de mauvaise foi, des choses nuisibles qui lui ont porté préjudice ; n'importe, il faudra recourir à d'autres actions, par exemple, à l'action de dol, à celle de la loi *Aquilia*, suivant les circonstances ; mais le contrat et la *condictio certi* y demeurent étrangers. — Le *commodat*, le *dépôt* et le *gage* n'obligent aussi dès le principe, par le seul effet de la remise de la chose et de la convention, qu'une seule personne, celui qui a reçu et qui se trouve immédiatement obligé à conserver et à rendre. Mais il peut se faire que plus tard, par quelque fait accidentel et postérieur (*ex post-facto*), par exemple à cause des dépenses qu'il aura faites pour la conservation de la chose, ou à cause du dol ou de la faute de celui qui lui a remis la chose, il ait équitablement des répétitions à exercer. Ces diverses actions étant de bonne foi, il pourra y être tenu compte par le juge de ces répétitions; ou même le commodataire, le dépositaire, le créancier gagiste, auront, pour attaquer eux-mêmes l'autre partie, une action *commodati, depositi, pigneratitia*, qui peut être nécessaire si l'autre partie n'a point intérêt à agir, notamment en cas de perte de la chose; mais, pour distinguer ces deux actions, on nomme celle du commodant, du déposant, *actio directa commodati, depositi*, parce qu'elle découle *directement* et immédiatement du contrat; et on nomme l'autre *actio contraria* (1). — Du reste, la portée de l'action contraire n'est pas absolument la même dans les trois contrats. Le commodant n'est tenu (par l'*actio commodati contraria*) que de son dol et de la faute grave assimilée au dol (2); plus, de l'indemnité pour les impenses, à l'exception de celles qui sont modiques ou la suite naturelle de l'usage concédé au commodataire (3). Le déposant et celui qui a remis le gage sont tenus non-seulement du dol, mais de la simple faute, parce qu'ils trouvent leur intérêt dans le contrat (4), et ils doivent restituer toutes les dépenses de conservation (5).

1234. Quant à l'action naissant des contrats innommés, nous en parlerons en traitant de ces contrats.

---

(1) Dig. 13. 6. 17. § 1. f. Paul. — 18. § 4. f. Gaius. — (2) Dig. 13. 6. 18. § 3. f. Gai. — 21. f. Afric. — 22. f. Paul. — (3) Dig. 13. 6. 18. § 2. f. Gai. — (4) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — 13. 7. 1. § 2. f. Ulp. — 31. f. Afric. 36. f. Ulp. — A l'égard du débiteur qui a remis le gage, l'obligation pour lui de répondre même de sa faute est la seule conséquence juste qu'on puisse tirer du raisonnement que fait notre paragraphe, quand il dit que le contrat est fait dans l'intérêt des deux parties. D'où il suit qu'elles doivent se répondre toutes les deux de leur dol et de leur faute de la même manière. — (5) Dig. 16. 3. 12. pr. f. Pomp. — 23. f. Modest. — Dig. 13. 7. 8. pr. f. Pomp. 25. f. Ulp. — Cod. 4. 24. 7. coust. Gordien.

## TITULUS XV. DE VERBORUM OBLIGATIONE.

## TITRE XV. DE L'OBLIGATION PAR PAROLES.

1235. En suivant le mouvement de simplification qu'amènent dans la forme des actes le temps et la civilisation progressive (tom. I, *Génér.*, nos 154 et suiv.), de la pantomime solennelle et symbolique, accompagnée de formules consacrées, nécessaire pour établir entre deux personnes une obligation, on est arrivé aux formules seules : selon toute probabilité, la *verborum obligatio* est postérieure au *nexum*, cette opération antique *per æs et libram*, à laquelle on recourait même pour s'obliger. Elle en est la première dérivation ; on a tenu la solennité *per æs et libram* pour accomplie, le métal pour pesé et donné, et l'on n'a retenu de la solennité que des paroles énonçant sacramentellement l'obligation.

1236. Nous retrouvons dans les monuments du droit romain l'indication de trois formes distinctes d'obligations contractées au moyen de paroles solennelles (*verbis*) : 1° la *dotis dictio*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus (tom. II, n° 584); 2° l'obligation de don, de prix ou de services (*operarum*) que l'affranchi contractait par serment envers son patron pour cause de son affranchissement (*jurata promissio liberti*), dont nous avons également déjà dit quelques mots (tom. II, n° 80) ; 3° et enfin la stipulation suivie de promesse (*stipulatio et promissio*). — De ces trois formes, les deux premières, sur lesquelles nous avons peu de renseignements, ne sont que des spécialités, exclusivement propres à un but singulier et entre personnes déterminées. Elles s'accomplissent au moyen de paroles prononcées par une seule des parties, par celle qui veut s'obliger, sans interrogation préalable de l'autre (1). Dans la seconde de ces formes spéciales d'obligation, le maître faisait quelquefois jurer l'esclave avant même de l'affranchir, afin de le lier par la religion du serment; mais comme il ne pouvait y avoir obligation de droit entre un maître et son esclave, le lien civil n'existait que lorsque la promesse par

(1) Le manuscrit des Instituts de Gaius, à l'endroit où il est traité des obligations contractées *verbis*, contient une page illisible où l'on peut conjecturer qu'il était question de la *dotis dictio* et de la *jurata promissio liberti*. En effet, l'abrégé de ces Instituts (*Epitome*), extrait du recueil des Visigoths (*Bréviaire d'Alaric*), en parle en ces termes : « Sunt et aliæ obligationes, quæ nulla præcedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat... Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor mulieris..., etc. — Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alio promittente contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut opera se daturum esse juraverit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam jurisjurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. » (Gai. Epit. Instit. 2. 9. §§ 3 et 4.) — Voir aussi Ulp. Reg. 6. §§ 1 et 2. — Vatican. J. R. Frag. § 99 et suiv. — Dig. 38. 1. *De operis libertorum*. — Cicér. *Ad Attic.* 7. 2. *Pro Flacco*. 35.

serment avait été renouvelée par l'affranchi (1). — Quant à la troisième forme d'obligation par paroles (*stipulatio et promissio*), c'était une forme générale, qui pouvait être employée pour toute espèce d'obligation licite à contracter, entre toutes personnes ayant capacité, même pour les deux cas qui précèdent, c'est-à-dire pour la promesse de dot, et pour celle de services de la part de l'affranchi envers son patron; et dans laquelle chacune des parties avait à prononcer des paroles formulaires, l'une interrogeant et l'autre répondant. — Sous Justinien la *dictio dotis* n'existe plus; on recourt toujours à la stipulation, ou même à la simple convention (tom. II, n° 584). L'obligation de services se contracte encore par l'affranchi au moyen soit du serment, soit de la stipulation (2); enfin les Instituts ne traitent plus, sous le titre d'obligations par paroles, que de la stipulation.

Verbis obligatio contrahitur *ex interrogatione et responsione*, cum quid *dari fierive* nobis stipulamur; ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio* si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu si incerta. Quæ hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, *forte a stipite descendens*.

L'obligation par paroles se contracte au moyen *d'une interrogation et d'une réponse*, quand nous stipulons qu'il nous sera donné ou fait quelque chose. Elle produit deux actions, la *condictio*, si la stipulation est certaine; et si elle est incertaine, l'action *ex stipulatu*; son nom lui vient de *stipulum*, signifiant, chez les anciens, *ferme*, et dérivé probablement de *stips* (souche).

1237. *Ex interrogatione et responsione.* L'interrogation porte le nom technique de stipulation (*stipulatio*); la réponse se nomme, en général, promesse (*promissio*). Ainsi la stipulation (du moins dans l'acception plus récente des jurisconsultes romains) n'est, à proprement parler, qu'une partie de l'acte : c'est l'interrogation solennelle de celui envers qui il s'agit de s'obliger. Telle est la définition qu'en donne Paul dans ses Sentences : « Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet veluti : SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEI TUÆ ERIT? FIDEI MEÆ ERIT (3). » De là viennent même, dans notre langage moderne, les expressions *stipuler quelque chose*, *stipuler en sa faveur*, *en faveur d'un tel*, que nous employons encore, bien qu'il ne soit plus question chez nous de cette institution. Ce n'est que par figure de langage, en prenant la partie pour le tout, qu'on désigne sous le nom de stipulation l'acte tout entier, c'est-à-dire l'interrogation et la promesse (4). Le stipulant se nomme *reus stipulandi*, et le promettant *reus promittendi* : « Qui stipulatur *reus stipulandi* dicitur; qui promittit, *reus promittendi* habetur (5). »

(1) DIG. 40. 12. *De liberali causa*, 44. f. Venulej. — (2) DIG. 3. 8. 1. *De operis libert.* — (3) PAUL. Sent. 2. 3. — (4) Ainsi la définit Pomponius : « Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est responderit. » DIG. 45. 1. *De verborum obligationibus*. 5. § 1. — (5) DIG. 45. 2. 1. f. Modest.

1238. *Forte a stipite descendens*. Paul, dans ses Sentences, expose ainsi cette étymologie : « Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductæ sunt, quæ quadam verborum solemnitate concipiuntur : et ita appellatæ, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt (1). » Cette étymologie était déjà un problème controversé, même chez les anciens. Festus, dans son abrégé du traité de Valérius Flaccus, *De verborum significatione*, et plus tard encore Isidore de Séville, dans son livre IV *Des origines*, en présentent chacun une autre (2).

1239. La stipulation est une forme d'engagement éminemment civile sans aucun doute; exclusivement réservée, dans le principe, aux seuls citoyens romains. Cependant, son utilité, ou, pour mieux dire, sa nécessité, dans le système juridique des Romains, pour satisfaire aux diverses relations d'affaires, la fit, par la suite, admettre, en partie, même avec les étrangers. Une formule : DARI SPONDES? SPONDEO (la *sponsio*, d'où *responsio*, réponse) resta réservée, propre aux seuls citoyens romains; mais à côté, on en imagina d'autres, que l'on fit entrer dans le droit des gens (3). — La stipulation, malgré cette extension, n'en reste pas moins au nombre de ces actes juridiques auxquels on applique toujours le principe qu'ils ne peuvent être accomplis par mandataire, que nul ne peut y être représenté par un autre (tom. I, *Génér.*, n[os] 162 et suiv.). C'est à celui même qui interroge que l'obligation se trouve acquise. (App. 9, liv. 3.)

1240. Le lien de droit est formé ici par la prononciation des formules, par les paroles (*verbis*) : le consentement fût-il avoué, reconnu, si les paroles n'y sont pas, le lien n'y est pas non plus; et, en sens inverse, le consentement fût-il vicié par un dol, par une violence, si les paroles y sont, l'obligation y est aussi : c'est à l'équité prétorienne à chercher des moyens de remédier à ce formalisme rigoureux (tom. I, *Génér.*, n° 166).

1241. La stipulation suivie de la réponse conforme ne produit jamais d'engagement que d'un seul côté. C'est, comme nous l'avons déjà dit, le caractère propre des formes d'obligation venues de l'antique droit civil. Elle ne peut engendrer de ces obligations nommées bilatérales ou synallagmatiques (*ultro citroque obligatio*) : celui seul qui a répondu à l'interrogation par la promesse se

---

(1) PAUL. Sent. 5. 7. § 1. — (2) « Stipem esse nummum signatum, testimonio est et id, quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur. » FESTUS, au mot *Stips*. — « Dicta stipulatio a stipula. Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant. » ISIDOR., lib. 4 Originum, cap. 24. — (3) « Sed hæc quidem verborum obligatio : DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium Romanorum est : ceteræ vero juris gentium sunt; itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos valent. » GAI. Comm. 3. § 93.)

trouve obligé. Si l'affaire traitée demande des engagements réciproques, c'est aux parties à décomposer l'opération en plusieurs stipulations et promesses respectives : il y aurait lieu d'employer l'exception de dol contre celui qui agirait isolément en vertu de l'un de ces actes.

1242. L'emploi de la stipulation était de la plus grande généralité. La stipulation, en effet, n'est pas une espèce particulière de convention; elle n'est qu'une forme susceptible de s'appliquer à toute obligation. On l'employait : soit pour donner la force de contrats à ces mille et mille conventions que les hommes peuvent créer, au gré des circonstances, et qui, sans cette forme, n'auraient pas produit d'action; soit pour des conventions déjà par elles-mêmes reçues dans le droit romain comme contrats, mais où l'on faisait intervenir la stipulation comme moyen plus sûr et plus précis (1); soit, enfin, même pour des obligations déjà existantes, que l'on transformait en obligations provenant de stipulation (2).

1243. A part l'origine patricienne et théocratique à laquelle se rapportent les solennités rigoureuses et les formules sacramentelles de l'antique droit des Quirites, à part les causes plus générales qui matérialisent toujours les institutions à l'époque grossière des civilisations naissantes, et qui nous montrent, sur divers points, à peu près les mêmes phénomènes, on peut remarquer que les formes de la stipulation avaient pour utilité de fixer d'une manière sérieuse l'attention des parties sur ce qu'elles allaient faire; de préciser en une expression nette, brève et rigoureuse l'obligation à laquelle le promettant se soumettait : ce qui, appliqué aux mille engagements imprévus et variables que les hommes peuvent imaginer, les déterminait et les fixait rigoureusement; enfin de faire apparaître plus énergiquement le consentement des parties, au moyen de l'interrogation et de la réponse conforme. Même de nos jours, où l'on s'attache par-dessus tout à la pure volonté, à l'intention dans tout son spiritualisme, cependant pour certains actes plus importants, nous avons encore des formes analogues à celles de la stipulation. Ainsi le mariage devant l'officier de l'état civil, le serment entre les mains de tout officier chargé de le recevoir, se font toujours solennellement, au moyen d'une interrogation et d'une réponse conforme.

I. In hac re olim talia verba tradita fuerunt : SPONDES? SPONDEO. — PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. — FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — DABIS? DABO. — FACIES? FACIAM. Utrum autem latina an græca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest : scilicet si uterque stipulantium

1. Autrefois les paroles employées dans les stipulations étaient les suivantes : *Spondes* (réponds-tu)? *Spondeo* (je réponds). — *Promittis* (promets-tu)? *Promitto* (je promets). — *Fidepromittis* (promets-tu sur ta foi)? *Fidepromitto* (je promets sur ma foi). — *Fidejubes* (te portes-tu fidéjusseur)? *Fidejubeo* (je me

(1) DIG. 18. 1. *De contrahenda emptione*. 25. § 1. f. Ulp. — 22. 1. *De usuris et fructib*. 4. f. Papin. — (2) Ci-dessous, INSTIT. 3. 29. § 2.

intellectum hujus linguæ habeat. Nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam, duo Græci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quæ *solemnitate verborum* sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressum est.

porte fidéjusseur).—*Dabis* (donneras-tu)? *Dabo* (je donnerai).—*Facies* (feras-tu)? *Faciam* (je ferai). Du reste, que la stipulation soit en latin ou en grec, ou en toute autre langue, peu importe, pourvu que les deux contractants en aient l'intelligence. Il n'est pas même nécessaire qu'ils emploient tous deux la même langue; il suffit que la réponse concorde avec l'interrogation. Bien plus, deux Grecs peuvent contracter en latin. Du reste, ces expressions solennelles étaient en usage jadis; mais plus tard fut portée la constitution de Léon, qui, supprimant la solennité des paroles, exige uniquement qu'il y ait de la part de chaque partie le sens et l'intelligence de leur accord, en quelques termes qu'elles l'expriment.

1244. *Spondes? Spondeo.* C'est ici la formule de strict droit civil, celle qui était réservée aux seuls citoyens : aussi ne pouvait-elle être prononcée en aucune autre langue qu'en latin (1). A l'égard des autres, du moment qu'on les a fait entrer dans le droit des gens, pour les relations avec les étrangers, on voit jusqu'où la conséquence a été poussée : on a admis les langues étrangères, non-seulement le grec, mais toute autre; et même, pour les cas où les parties ne parleraient pas la même langue, quoique se comprenant, on a admis que l'interrogation pourrait être faite dans une langue, et la réponse dans une autre. Du reste, depuis la constitution de Léon, publiée aux calendes de janvier 469, et insérée au Code de Justinien, il n'a plus été question de termes formulaires, d'expressions consacrées. Le contrat par paroles ou la stipulation reste, mais pourvu qu'il y ait eu interrogation et réponse affirmative conforme, en quelques termes que ce soit, cela suffit (2). Enfin nous verrons bientôt que, par suite des dispositions de Justinien, la réalité même de l'interrogation et de la réponse put souvent disparaître en fait : puisqu'il devint suffisant que l'écrit dressé par les parties, comme preuve de l'acte, constatât qu'elles avaient eu lieu (3).

1245. Le texte, dans les paragraphes qui vont suivre, s'occupe

(1) « Adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in græcum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a græca voce figurata esse. » GAI. Comm. 3. § 93. — (2) Voici les termes de cette constitution : « Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositæ sunt, vel legibus cognitæ, suam habeant firmitatem. » (COD. 8. 38. *De contrahenda et committenda stipulatione.* 10.) Il est probable qu'avant même cette constitution de l'empereur Léon, déjà celle des empereurs Constant et Constance portant suppression radicale des formules juridiques dans tous les actes (voir au COD. 2. 58. 1; et notre tom. I, *Hist.*, n° 437), avait eu son influence quant aux paroles sacramentelles et formulaires de la stipulation. — (3) Ci-dessous, tit. 19. § 12.

des modalités des stipulations (voir tom. II, nos 924 et suiv., le même sujet pour les legs); et il traite successivement : du terme (*dies*), de la condition (*conditio*) et du lieu (*locus*).

II. Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti : QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? idque *confestim peti potest*. In diem, cum adjecto die quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti : DECEM AUREOS PRIMIS CALENDIS MARTII DARE SPONDES? Id autem *quod in diem stipulamur, statim quidem debetur · sed peti priusquam dies venerit non potest*. Ac ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est eo die in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

2. Toute stipulation se fait, ou purement, ou à terme, ou sous condition : purement, par exemple : RÉPONDS-TU DE ME DONNER CINQ SOUS D'OR? *et dans ce cas on peut les demander immédiatement*. A terme, lorsqu'on stipule en fixant un jour pour le payement, par exemple : RÉPONDS-TU DE ME DONNER DIX SOUS D'OR AUX PREMIÈRES CALENDES DE MARS? *Ce qui est stipulé à terme est bien dû à l'instant, mais ne peut être demandé avant l'échéance du terme*. Et même la demande ne peut avoir lieu au jour de l'échéance, parce que ce jour doit être laissé tout entier à la discrétion du débiteur qui doit payer : en effet, tant que ce jour n'est pas écoulé, on n'est pas en droit de dire que le payement n'a pas été fait au jour promis.

1246. *Confestim peti potest*. Quand la stipulation est pure et simple, c'est-à-dire sans adjection de terme ni de condition, l'obligation existe et est exigible à l'instant même. Le *dies cedit* et le *dies venit*, pour prendre l'expression technique des Romains, que nous avons déjà expliquée (tom. II, n° 850), ont lieu immédiatement. « Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, » dit Ulpien (1). « Præsenti die pecunia debetur, » dit-il ailleurs (2). L'action en exécution de l'obligation pourrait être intentée aussitôt, et le serait régulièrement : « confestim peti potest, » dit notre texte. Ce qui n'empêche pas qu'en fait, le temps matériellement nécessaire pour l'exécution n'aille sans dire, ou que même, dans certains cas, on ne doive, par tempérament, concéder certaine latitude (3).

1247. *Quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit non potest*. Nous savons que le terme peut être considéré sous deux aspects (4) : 1° par rapport au jour où le droit commencera d'exister ou d'être exigible (*dies a quo*); 2° par rapport à celui où le droit prendra fin (*dies ad quem*). Le texte n'examine ici, au sujet de la stipulation, que le premier de ces termes (*a die* ou *ex die obligatio; — in diem stipulatio*); nous traiterons du second sous le paragraphe suivant. — Dans les obligations, le terme ne suspend pas l'existence du droit; il

(1) DIG. 50. 16. 213. pr. f. Ulp. — (2) DIG. 45. 1. 41. § 1. f. Ulp. — (3) « Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit. » (DIG. 45. 1. 73. pr. f. Paul.) Voir les divers exemples que donne, dans ce fragment, le jurisconsulte, et pareillement, DIG. 46. 3. *De solution*. 105. f. Paul. — (4) Voir t. I. *Génér.*, n° 170. — Et spécialement pour les obligations, DIG. 44. 7. 44. § 1. f. Paul.

suspend seulement son exigibilité. La dette existe, le payement seul est retardé : « Præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio, » dit le jurisconsulte Paul (1). « Certum est debitum iri, licet post tempus petatur (2), » selon Gaius. Ou, pour employer l'expression technique, le *dies cedit* a lieu immédiatement, mais le *dies venit* n'aura lieu qu'au terme fixé : *Ubi in diem* (*quis stipulatus fuerit*), *cessit dies, sed nondum venit* (3). — Une conséquence saillante de ce que la dette existe immédiatement (*statim quidem debetur*), c'est que ce qui aurait été payé par erreur avant le terme ne pourrait être répété (4). En sens inverse, la conséquence de ce que l'exigibilité n'a pas encore lieu, c'est que l'action ne serait pas régulièrement intentée avant l'échéance du terme (*sed peti priusquam dies venerit non potest*) : le demandeur qui devancerait ainsi l'époque fixée encourrait les peines de la plus-pétition (5).

1248. Tout ce que nous venons de dire s'applique au terme certain (*dies certus*); mais que décider à l'égard du terme incertain (*dies incertus*)? Le *dies incertus* peut avoir lieu de deux manières, selon qu'il est incertain : 1° *Si* le jour fixé arrivera jamais; 2° *Quand* il arrivera. Dans le premier cas, sous l'apparence d'un terme, il y a une véritable condition; par exemple, « *au jour de votre mariage,* » car il est incertain que vous vous mariiez jamais. Dans le second cas, nous avons déjà vu (tom. II, n°s 739 et 927) que le terme incertain à l'égard des institutions d'héritier et des legs formait le plus souvent condition (*dies incertus conditionem in testamento facit*), et nous en avons expliqué les motifs; mais il n'en était pas de même à l'égard des obligations, parce qu'ici il était indifférent pour l'existence de l'obligation que le terme d'échéance arrivât du vivant ou après la mort du stipulant. Ici, le *dies incertus* dans lequel l'incertitude porte uniquement sur l'époque, et non sur l'existence de l'événement, est un véritable terme, et les conséquences que nous venons d'exposer pour le *dies certus* doivent s'y appliquer (6). Tel est, par exemple, ce terme *cum morieris,* ou *post mortem Titii* : car il est hors de doute que vous mourrez, que Titius mourra, l'époque seule est incertaine; la dette existe, le payement seul est différé (7).

---

(1) Dig. 45. 1. 46. pr.— Ce que dit Ulpien dans le fragment 41. § 1, ne doit pas être pris en un sens contraire; ses expressions ne se réfèrent qu'au payement. — (2) Gai. Comm. 3. § 124. — (3) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp. — (4) Dig. 12. 6. *De condictione indebiti*. 10. f. Paul. : « In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. » — Voir également les fragments 17 et 18 d'Ulpien. — (5) Voir ci-dessous, 4. 6. § 33. — (6) Ainsi la *condictio indebiti* ne s'applique pas au payement qui en a été fait, par erreur, avant le terme. Dig. 12. 6. 16. § 1. f. Pomp. — 17 et 18. f. Ulp. — (7) Aussi, quand même on aurait employé dans la stipulation des mots exprimant, en apparence, une condition, *si morieris*, il n'y aurait jamais qu'un terme, et ce serait absolument comme si on eût dit *cum morieris*. Dig. 45. 1. 45. § 3. f. Ulp.

**III.** At si ita stipuleris : DECEM AUREOS ANNUOS QUOAD VIVAM DARE SPONDES? et *pure facta obligatio* intelligitur et perpetuatur, quia *ad tempus deberi non potest;* sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

**3.** Si tu stipules ainsi : RÉPONDS-TU DE ME DONNER DIX SOUS D'OR PAR AN, TANT QUE JE VIVRAI? l'obligation *est réputée pure et simple, et elle se perpétue, parce qu'on ne peut pas devoir pour un temps.* Mais l'héritier, s'il demande, sera repoussé par l'exception de pacte.

1249. *Ad tempus deberi non potest.* Il s'agit ici du terme marqué comme devant mettre fin au droit (*dies ad quem*); par exemple : *Usque ad calendas dare spondes?* Un pareil terme n'est point reçu en matière de stipulations. — Cette règle un peu subtile, qu'il ne faut pas généraliser pour toutes les espèces de contrats, mais qui se limite aux créances unilatérales de droit strict, était fondée sur ce que, selon les principes romains, une fois le lien de droit établi, il subsiste jusqu'à ce qu'il soit intervenu un acte ou un fait juridiquement reconnu comme moyen de le délier; or le simple écoulement de temps ne saurait produire ce résultat. « Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse : non magis quam legatum (1), nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi (2). » Qu'arrivera-t-il donc si la stipulation a été faite avec un pareil terme? elle sera comme pure et simple; le débiteur, malgré l'échéance du terme, continuera toujours d'être obligé (*et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur*). Mais, comme cette conséquence du droit strict est inique, le préteur lui donnera, pour se défendre contre l'action du stipulant, une exception tirée soit du dol (*doli mali*), soit de la convention (*pacti conventi*). « Plane post tempus, stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit (3). » De là peut sortir une sorte d'obligation de rente, à payer périodiquement, soit pour un temps, soit pour toujours. — Le texte ne nous donne ici qu'un exemple particulier d'un pareil terme, et il applique les conséquences que nous venons d'exposer. — Du reste, ce principe qu'on ne peut devoir pour un temps, vrai dans le strict droit civil, a subi, surtout dans le droit prétorien, de nombreuses modifications, ainsi que nous le verrons en traitant des actions temporaires (4).

**IV.** Sub conditione stipulatio fit, cum *in aliquem casum* differtur obligatio, ut si aliquid *factum fuerit aut non fuerit,* stipulatio committatur; veluti : SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? Si quis ita stipuletur : SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO DARE SPONDES? *perinde erit ac si stipulatus esset cum morietur* sibi dari. Ex conditionali stipulatione *tantum spes est*

**4.** La stipulation est faite sans condition, lorsque l'obligation est subordonnée *à quelque événement incertain;* en sorte que la stipulation doive avoir effet *si telle chose arrive ou n'arrive pas;* par exemple : SI TITIUS DEVIENT CONSUL, RÉPONDS-TU DE ME DONNER CINQ SOUS D'OR? Si quelqu'un stipule : SI JE NE MONTE PAS AU CAPITOLE, RÉPONDS-TU DE DONNER? c'est *comme s'il avait sti-*

(1) Et cependant les legs d'annuités s'éteignent *ipso jure* par la mort du légataire; c'est qu'alors il y a autant de legs que d'annuités. D 33. 1. 4. f. Paul. — (2) DIG. 44. 7. 44. § 1. f. Paul. — (3) *Ibid.* — (4) Ci-dessous, liv. 4. tit. 12.

*debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus,* si priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

*pulé qu'on lui donnerait à sa mort.* De la stipulation conditionnelle naît *seulement une espérance d'obligation, et le stipulant transmet cette espérance à ses héritiers,* s'il meurt avant l'accomplissement de la condition.

1250. *In aliquem casum.* Cet événement doit être futur et incertain, pour constituer une condition. *Futur,* car s'il est déjà accompli quoique inconnu des parties (1), *incertain,* car s'il doit nécessairement arriver (2), l'obligation existe immédiatement; il y a seulement un terme direct ou indirect. En effet, le payement seul est différé : dans le premier cas, jusqu'à ce que l'événement accompli, mais inconnu, ait été vérifié; dans le second cas, jusqu'à ce que l'événement qui doit nécessairement arriver ait eu lieu. — Cet événement du reste peut dépendre ou du hasard, ou du fait de l'une des parties, ou du concours de l'une et de l'autre de ces causes : on trouve dans les textes romains, pour ces trois cas divers, les dénominations de condition casuelle (*casualis*), potestative (*potestativa*), ou mixte (*mixta*) (3). La condition peut être potestative de la part du stipulant, il n'y a pas de difficulté. Mais de la part du promettant, il faut distinguer. Tout en admettant aussi les conditions potestatives de sa part lorsqu'il s'agit de faits qu'il sera libre de faire ou de ne pas faire, par exemple : *Si in Capitolium non ascenderis, si Alexandriam non ieris, si Pamphilum non dederis* (4); il faut dire que lorsque la condition revient à s'en remettre à son plein gré, à son pur vouloir, sans aucune condition de fait, mais seulement, *si tu veux* (*si volueris*), il n'y a pas de lien, la stipulation est inutile. C'est en ce sens qu'il faut interpréter les divers passages qui expriment le principe : « Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione, » selon Ulpien; « Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit, » selon Javolenus; en les rapprochant de ces autres fragments de Paul : « Illam autem stipulationem, SI VOLUERIS DARI? inutilem esse constat; » et de Pomponius : « Sub hac conditione, SI VOLAM, nulla fit obligatio : pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis (5). »

*Factum fuerit aut non fuerit.* Ces deux cas opposés correspondent à la distinction que font encore les interprètes, en conditions *affirmatives* ou *négatives.*

1251. *Stipulatio committatur.* Ceci est une expression tech-

---

(1) Voir ci-après, § 6. — (2) « Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo extitura est, pure videtur stipulari. » (DIG. 46. 2. *De novat. et delegat.* 9. § 1. f. Ulp.) *Pure* est pris ici par opposition à la condition seulement, et non au terme. — Voir aussi au DIG. 45. 1. 7. f. Ulp. — (3) COD. 6. 51. *De caducis tollendis,* 1. § 7. const. Justinian. — (4) DIG. 45. 1. 115. §§ 1 et 2. f. Papin. — (5) DIG. 45. 1. 17. f. Ulp. — 108. § 1. f. Javolen. — 46. §§ 2 et 3. f. Paul. — 44. 7. 8. f. Pomp. — Rapprocher : DIG. 31. (*De legatis II*). 3. f. Paul. — 32 (*De legatis III*). 11. § 7. f. Ulp.

nique; la stipulation est commise (*committitur stipulatio*), elle reçoit définitivement son effet obligatoire par l'accomplissement de la condition.

1252. *Perinde erit ac si stipulatus esset, cum morietur.* Il y aura similitude, en ce sens que le payement ne pourra être exigé avant la mort du promettant. On ne recourra pas ici, comme dans le cas d'institution ou de legs, à la caution Mutienne (voir tom. II, n° 925). En effet, en matière de stipulation on s'en tient strictement à l'engagement résultant des paroles; tandis qu'en matière de dispositions testamentaires, on avait cherché un moyen favorable de les amener à effet en temps utile. — Du reste, entre cette stipulation, *si in Capitolium non ascendero*, et celle-ci, *cum moriar*, il y a cette différence capitale : que la première est conditionnelle, et la seconde seulement à terme, car l'événement est incertain dans l'une (si le stipulant monte au Capitole, il n'y aura jamais eu obligation), tandis qu'il est hors de doute dans l'autre.

1253. *Tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus.* Lorsqu'une stipulation conditionnelle a eu lieu, y a-t-il dès l'instant un lien de droit, un créancier et un débiteur, ou jusqu'à l'accomplissement de la condition n'y a-t-il rien de tout cela? C'est une difficulté à résoudre, à la vérité plutôt dans les mots que dans les choses. — Sous un rapport, la promesse étant subordonnée à la condition, de telle sorte que si la condition vient à défaillir le promettant ne devra rien et sera censé n'avoir jamais rien dû, on peut dire avec le texte que tant que la condition reste en suspens, l'obligation objet de la promesse n'existe pas, il y a seulement espérance d'obligation (*tantum spes est debitum iri*). Ou, en termes techniques, ni le *dies cedit*, ni le *dies venit* n'ont encore lieu : « Ubi sub conditione (quis stipulatus fuerit) neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione (1). » Aussi le payement qui serait fait par erreur, dans cet état, pourrait-il être répété par la *condictio indebiti*, car la chose n'était pas due : « Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione, repetitur; conditione autem existente, repeti non potest (2). » — Sous un autre rapport, au contraire, on ne peut nier qu'une fois la stipulation conditionnelle et la promesse conforme intervenues, le promettant ne se trouve moins libre qu'auparavant; il se trouve lié, sous la chance, il est vrai, d'un événement futur et incertain, mais enfin il est lié sous cette chance. Aussi les jurisconsultes romains n'hésitent-ils pas à dire que le stipulant est créancier : « Eum qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione, creditorem esse (3). »

(1) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 213. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 12. 6. *De cond. ind.* 16. pr. f. Pomp., 48. f. Cels. — 46. 3. *De solut. et liberat.* 38. § 3. f. Afric. — (3) Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 42. pr. f. Ulp. — « *Conditionales creditores* dicuntur et hi quibus nondum competit actio, est autem competitura; vel qui spem habent ut competat. » (Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 54. f. Ulp.

Ils lui accordent les mesures conservatoires pour la garantie de ses droits éventuels, telles que l'envoi en possession et la séparation des patrimoines (1). Enfin, et ceci est bien important à considérer, le droit résultant de la stipulation conditionnelle se trouve acquis, tel qu'il est, c'est-à-dire éventuel, *mais à l'instant même*, au stipulant. En conséquence, si ce stipulant est un fils de famille, un esclave, le bénéfice de la stipulation conditionnelle est acquis au chef de famille, au maître qu'il a au moment même de la stipulation, et non à celui du temps où la condition se réalise (2). Et si le stipulant vient à mourir avant l'accomplissement de la condition, il n'en transmet pas moins à son héritier le droit éventuel qui lui est acquis : « *Ipsam spem in heredem transmittimus* (3). » — Il faut donc bien remarquer la différence radicale quant aux conséquences du *dies cedit* en matière de legs et en matière d'obligations. En matière de legs, tant que le *dies cedit* n'a pas eu lieu (c'est-à-dire, pour le cas de legs conditionnel, tant que la condition ne s'est pas accomplie), rien n'est acquis, rien n'est fixé sur la tête du légataire : s'il meurt avant l'accomplissement de la condition, il ne transmet rien à ses héritiers; s'il est esclave ou fils de famille, c'est au maître ou au chef qu'il a au moment où la condition s'accomplit que le legs est acquis. En matière d'obligations, nous venons de voir qu'on décide absolument l'inverse (4), bien que pour l'obligation conditionnelle le *dies cedit* n'ait lieu pareillement qu'à l'accomplissement de la condition. Ce serait donc une grave erreur que d'assimiler, dans ses effets, le *dies cedit* pour les obligations au *dies cedit* pour les legs.

1254. Une fois la condition accomplie, elle a un effet rétroactif; ce qui n'a point lieu pour les legs; et l'on se reporte à l'instant même où la stipulation est intervenue : « Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset (5). »

V. Loca enim inseri stipulationi solent, veluti : CARTHAGINE DARE SPONDES? Quae stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen *re ipsa habet tempus* injectum, quo promissor utatur ad pecuniam Car-

5. Il est d'usage d'insérer dans la stipulation l'indication d'un lieu, par exemple : RÉPONDS-TU DE ME DONNER A CARTHAGE? Cette stipulation, bien qu'elle soit faite purement, *contient, par la*

---

— Créancier *conditionnel*, engagement *conditionnel*, mais néanmoins engagement. — (1) DIG. 42. 4. *Quib. ex caus. in possess.* 6. pr. f. Paul.—42. 6. *De separat.* 4. pr. f. Papin. — (2) DIG. 45. 1. 78. f. Paul. : Si filius familias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio : patri actio competit. Quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus. » — Le même principe, extrait du même jurisconsulte, est répété : DIG. 50. 17. *De divers. reg. jur.* 144. § 1. — 45. 3. *De stipulatione servorum*, 26. f. Paul. — (3) 45. 1. 57. f. Julian. — 18. 6. *De pericul. et commod.* 8. pr. f. Paul. — (4) Voilà pourquoi Ulpien dit que dans le legs conditionnel, celui à qui il a été fait, tant que la condition reste en suspens, n'est pas créancier; tandis que dans la stipulation conditionnelle, le stipulant à l'instant même est créancier. » (DIG. 44. 7. 42.) — (5) DIG. 20. 4. (*Qui potior in pignor.*) 11. § 1. f. Gai. — 46. 3. *De solut. et liberat.* 16. f. Pomp.

thagine dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur : HODIE CARTHAGINE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, *cum impossibilis sit repromissio.*

*force même des choses, un délai*, celui nécessaire au promettant pour donner à Carthage. Par conséquent, si quelqu'un stipule ainsi à Rome : RÉPONDS-TU DE ME DONNER AUJOURD'HUI A CARTHAGE? la stipulation est inutile, *la chose promise étant impossible.*

1255. *Re ipsa habet tempus.* Ulpien, Paul, Venulejus, énoncent le même principe (1). Ce dernier demande comment sera fixé le délai? A l'arbitrage du juge : « Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad virum bonum remittamus (2). »

*Cum impossibilis sit repromissio.* C'est l'impossibilité du fait stipulé qui opère la nullité (3). Gaius suppose une combinaison dans laquelle, le stipulant et le promettant ayant chacun prévenu d'avance leur intendant à Carthage, l'un de livrer, l'autre de recevoir à tel jour, il n'y aurait plus impossibilité : dès lors il n'y aurait pas non plus nullité (4).

VI. Conditiones quæ ad præteritum vel præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt; veluti : SI TITIUS CONSUL FUIT, vel SI MÆVIUS VIVIT DARE SPONDES? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet; quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

6. Les conditions qui se réfèrent à un temps passé ou présent infirment immédiatement l'obligation, ou ne la suspendent en aucune manière; par exemple : SI TITIUS A ÉTÉ CONSUL, ou SI MÆVIUS EST VIVANT, RÉPONDS-TU DE ME DONNER? Car si ces événements ne sont pas vrais, la stipulation est nulle; s'ils sont vrais, elle est valable sur-le-champ. En effet, ce qui est certain dans la nature des choses, bien qu'incertain pour nous, ne suspend pas l'obligation.

1256. L'événement étant accompli, et seulement inconnu, ce n'est que dans l'expression que se trouve l'apparence d'une condition; au fond la stipulation est pure et simple (5), toutefois avec le délai tacite nécessaire pour que l'existence de l'événement soit constatée. Bien entendu qu'il faut que cet événement soit de nature à pouvoir être connu des hommes (6).

VII. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, *ne quantitas stipulationis in incerto sit*, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit. Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici pœna debet; SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? Sed si quædam fieri,

7. La stipulation peut avoir pour objet non-seulement des choses, mais encore des faits; de telle sorte que nous puissions stipuler que quelque chose sera fait ou ne sera pas fait. Dans une semblable stipulation, il sera très-bien d'ajouter une clause pénale, *de peur que la quotité de l'intérêt du stipulant ne reste incertaine*, et que celui-ci ne soit obligé d'établir cette quotité par des preuves. Par conséquent, si quelqu'un

(1) DIG. 45. 1. 41. § 1. f. Ulp., et 73. pr. f. Paul. — 13. 4. *De eo quod certo loco dari oportet.* 2. § 6. f. Ulp. — (2) DIG. 45. 1. 137. § 2. f. Venulej. — (3) DIG. 45. 1. 35. pr. f. Paul. — (4) DIG. 45. 1. 141. § 4. f. Gai. — (5) DIG. 45. 1. 100. f. Modest.; 120. f. Papin. — 12. 1. *De reb. credit.* 37 et 39. f. Papin. — (6) DIG. 12. 1. 38. f. Scævol.

quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda : SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES?

stipule qu'on fera quelque chose, il devra ajouter : SI CELA N'EST PAS FAIT, RÉPONDS-TU DE ME DONNER DIX SOUS D'OR A TITRE DE PEINE? Mais si par une seule interrogation on stipule certaines choses à faire et d'autres à ne pas faire, la clause à ajouter devra être ainsi conçue : SI, CONTRAIREMENT A CES PROHIBITIONS, IL EST FAIT QUELQUE CHOSE, OU SI QUELQU'UNE DE CES CHOSES N'EST PAS FAITE, RÉPONDS-TU DE ME DONNER DIX SOUS D'OR A TITRE DE PEINE?

1257. Nous pouvons stipuler : à l'égard des choses, soit la *dation*, c'est-à-dire la translation de la propriété, soit un quelconque de ses fragments, soit toute autre *prestation;* et à l'égard des faits, des actes soit à faire, soit à ne pas faire (*aliquid fieri vel non fieri*). Ces trois expressions : *dare, facere, præstare,* comprennent la généralité des cas. Les textes, en parlant des stipulations, n'emploient ordinairement que les deux premiers : ainsi, dans le *principium* de notre titre, « verbis obligatio contrahitur cum quid dari fierive stipulamur » ; dans la définition que Pomponius donne de la stipulation, « is qui interrogatur, *daturum facturumve* se quod interrogatus est responderit (1) » ; enfin dans cette classification de Paul, « stipulationum quædam *in dando,* quædam *in faciendo* consistunt (2) ». — On peut stipuler une chose incorporelle, par exemple une servitude (*viam, iter, actum stipulamur*) (3). Dans ce cas, la stipulation n'a pour objet que la translation d'un démembrement de la propriété. — On peut aussi arranger une obligation de cette nature en une stipulation *de ne pas faire,* par exemple de ne rien faire qui m'empêche de passer sur ton fonds. Pareillement la remise de la possession d'une chose est comprise dans une stipulation de fait : « *In faciendo, veluti,* fossam fodiri, domum ædificari, vacuam possessionem tradi; *in non faciendo, veluti :* per te non fieri, quominus mihi per fundum tuum ire, agere liceat; per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat (4). » — Et même, si on arrive à une analyse subtile, on verra que, les contrats n'ayant pas pour effet, chez les Romains, de produire des droits réels, les obligations même de donner en propriété (*dare*) contiennent toujours en soi une obligation de faire, savoir l'obligation de faire les actes nécessaires pour la translation de la propriété. Toutefois on s'attache uniquement, dans ce cas, pour qualifier la stipulation, à la chose qui en est, en dernière analyse, l'objet définitif, et l'on dit en parlant des obligations de donner « *res in stipulatione deducitur* », tandis que l'on comprend les autres prestations dans les stipulations de faits (*facta*).

---

(1) DIG. 45. 1. 5. § 1. f. Pomp. — (2) DIG. 45. 1. 2. pr. f. Paul. — Les exemples de stipulations où figure *præstare* (V. DIG. 45. 1. 114) sont bien rares. — (3) *Ib.* § 1. — (4) DIG. 45. 1. 75. § 7. f. Ulp.

1258. L'objet de la stipulation peut être certain (*certum*) ou incertain (*incertum*) : d'où la qualification, appliquée même aux stipulations, de stipulations certaines ou incertaines : « Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ (1). » L'objet est certain lorsque ce qui est déduit dans la stipulation apparaît, par son énonciation même, déterminé dans son individu, ou du moins dans son genre, dans sa qualité et dans sa quantité : « Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, *quid, quale, quantumque* sit », comme dix sous d'or, le fonds Tusculanus, l'esclave Stichus, cent mesures de froment d'Afrique de la meilleure qualité, cent amphores de vin de Campanie de la meilleure qualité (2). — Du moment qu'il n'apparaît pas dans l'énonciation même ce qui a été stipulé, sa qualité et sa quantité, la stipulation est incertaine : « Ubi autem non apparet, *quid, quale, quantumque* est in stipulatione : incertam esse stipulationem dicendum est », comme, par exemple, un fonds de terre entre plusieurs, un esclave, tant de vin, tant de froment, sans désignation de la qualité; ou même cent mesures de bon froment d'Afrique, cent amphores de bon vin de Campanie, parce que dans la bonté il y a plusieurs degrés; le part qui naîtra de l'esclave Aréthuse, les fruits que produira le fonds Tusculanus (3). — Dans tous les cas où l'objet de la stipulation consiste en un fait, soit à faire, soit à ne pas faire, la stipulation est incertaine : « Qui id quod in faciendo, aut non faciendo, stipulatur, incertum stipulari videtur (4) », parce que l'intérêt qu'a le promettant à ce que le fait ait lieu ou n'ait pas lieu n'est pas apparent par l'énoncé même de la stipulation. Or, en cas de refus ou de contravention du promettant, c'est dans cet intérêt que se résout, en dernière analyse, la condamnation (*quia id venit in stipulationem, quod mea interest* (5). — Enfin la stipulation de toute autre prestation que celle de la translation de propriété, par exemple la stipulation de l'usufruit d'un fonds, même certain et déterminé, d'une servitude quelconque, de la remise de la possession, de la remise d'une chose en *mutuum* ou en *commodat*, toutes prestations que les Romains ramenaient aux stipulations de faire ou de ne pas faire, sont aussi incertaines (6). De telle sorte

(1) Dig. 45. 1. 74. f. Gai. — (2) Dig. 45. 1. 74. f. Gai. — La définition donnée par Paul revient au même : « Certum est, cujus species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nomine vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. » Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 6. f. Paul. — (3) Dig. 45. 1. 75. pr. et §§ 1, 2 et 4. — Il y a des points où la distinction devient très-délicate et fort subtile, comme le reconnaît Ulpien lui-même. Ainsi cette stipulation : *Vinum (aut oleum, vel triticum) quod in horreo est* est certaine; et celles-ci : *Quod mihi Sejus debet; quod ex testamento mihi debes*, sont incertaines, même dans le cas où l'objet dû par Séjus ou en vertu du testament serait certain. (*Ib.* §§ 5 et 6.) — (4) *Ib.* § 7. — (5) Dig. 45. 1. 68. f. Paul; 72. pr. f. Ulp. — 42. 1. *De re judicata.* 13. f. Cels. — (6) Dig. 45. 1. 75. § 3. f. Ulp. : « Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse. » — Dig. 8. 2. *De servit. præd. urban.* 35. f. Marcian. — 45. 1. 75. § 7; 72. pr. et § 1. f. Ulp.; 68. f. Paul.

qu'il n'y a, en somme, de stipulation certaine que celle de la *dation* ou translation en propriété d'une chose déterminée par l'énoncé même, soit en son individu, soit en son genre, en sa qualité et en sa quantité. — La question de savoir si la stipulation était *certaine* ou *incertaine*, était importante pour déterminer l'action à laquelle cette stipulation donnait lieu, ainsi que nous allons l'expliquer immédiatement. (App. 3, liv. 3.)

1259. *Ne quantitas stipulationis in incerto sit.* Du moment que la clause pénale fixe la dation d'une somme déterminée, pour le cas de non-exécution du fait, ou de contravention, la stipulation, d'incertaine qu'elle était, devient certaine, et donne naissance, en conséquence, à l'action résultant d'une stipulation certaine.

### ACTIONS QUI NAISSENT DES STIPULATIONS.

1260. Pour la stipulation, de même que pour le *mutuum*, contrats dont l'origine se lie aux premiers temps du droit civil, c'est une ancienne action, la *condictio*, figurant jadis au nombre des actions de la loi, qui sert à poursuivre l'exécution de l'engagement, telle, bien entendu, qu'elle a été transformée successivement par les changements de procédure (1). Action de droit strict (*stricti juris*), qui n'admet pas de tempérament d'équité de la part du juge, ni d'obligation synallagmatique (*ultro citroque obligatio*) entre les parties. — Mais il y a cette différence entre le *mutuum* et la stipulation, que dans le *mutuum* l'objet de l'obligation est toujours *certain*, tandis que dans la stipulation il peut être *certain* ou *incertain*, circonstance qui modifie la condiction à employer.

1261. En effet, quand la stipulation est certaine, elle donne lieu à la *condictio* proprement dite, qualifiée, quand il s'agit de somme d'argent, de *condictio certi*. Dans cette action, l'*intentio* de la formule énonçait spécialement l'objet *certain* de l'obligation : SI PARET SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE ; — SI PARET HOMINEM STICHUM, OU FUNDUM TUSCULANUM, DARE OPORTERE (2). On disait de l'*intentio*, dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, qu'elle était *certa*. Cependant il existait une grande différence quant à la *condemnatio*. Dans le premier cas, l'objet certain étant une somme d'argent (*certa pecunia*), la *condemnatio* était indiquée par le préteur au juge en cette même somme fixe : SESTERTIUM MILLIA CONDEMNA (3) ; dans le second, en une somme indéterminée, à apprécier par le juge lui-même : QUANTI EA RES ERIT.

1262. Quand la stipulation est incertaine, elle donne lieu à la *condictio incerti*, dans laquelle l'*intentio* de la formule était nécessairement rédigée d'une manière générale : QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE (4); et où l'objet se trouvant indéterminé,

(1) GAI. Comm. 4. §§ 18. 19. 20 et 33. — (2) GAI. Comm. 4. § 41. — (3) GAI. Comm. 4. § 50. — (4) GAI. Comm. 4. § 51. — Nous trouvons la forme

le préteur, en indiquant au juge la condamnation, pouvait tout au plus lui fixer un *maximum* (*taxatio*), laissant le reste à son appréciation : DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE (1).

1263. L'action de la loi, *condictio*, n'avait été introduite, dans le principe, par la loi SILIA (par conjecture, an 505 ou 510 de Rome) que pour les obligations de sommes d'argent certaines (*certæ pecuniæ*); elle avait été étendue ensuite, par la loi CALPURNIA (an 520 de Rome?), à tout autre objet certain (*de omni certa re*) (2). Enfin, quand la *condictio* eut passé, en se transformant, dans le système formulaire, on l'appliqua même aux obligations d'objets incertains. Parvenue à ce point, pour tous les cas où l'on restait dans les termes de l'ancien droit civil, c'est-à-dire quand l'objet était certain, l'action conserva le nom propre de *condictio*, ou, pour les sommes d'argent, *condictio certi*. Dans les cas, au contraire, qui avaient été introduits plus tard, c'est-à-dire quand l'objet était incertain, l'action, quoique désignée sous la dénomination générique de *condictio incerti*, prit, en particulier, le nom de chaque événement qui y avait donné naissance : ainsi, elle se nomma *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, etc., selon qu'elle provenait d'une stipulation, d'un testament, etc.; imitant en cela les actions du droit des gens (*actio commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, *empti venditi*, *locati conducti*, *pro socio*, *mandati*), dont elle se rapprochait beaucoup plus que la *condictio certi*. — Ainsi s'explique pourquoi la dénomination d'action *ex stipulatu* est réservée spécialement aux cas de stipulations d'objets incertains, quoiqu'on la trouve cependant plusieurs fois employée dans les textes mêmes pour des stipulations certaines (3). Mais alors le jurisconsulte ou l'empereur s'expriment d'une manière moins technique.

## TITULUS XVI. / TITRE XVI.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI. / DES COSTIPULANTS ET DES COPROMETTANTS.

1264. Le mécanisme de la stipulation était tel, chez les Romains, que pour le même objet d'obligation il était possible qu'il intervînt soit plusieurs stipulants, soit plusieurs promettants. — Et ceci peut avoir lieu de deux manières bien distinctes :

1265. 1° De manière que, d'abord, toutes les interrogations d'une part, et ensuite la promesse commune ou toutes les pro-

---

précisée, au moyen de la *demonstratio*, pour le cas spécial de stipulation, en ces termes : JUDEX ESTO; QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTET, » etc. GAI. Comm. 4. § 136.

(1) GAI. Comm. 4. § 51. — (2) GAI. Comm. 4. § 19. — (3) Par exemple : DIG. 17. 2. *Pro socio*, 42. f. Ulp. — 19. 1. *De act. empt. et vend.* 28. f. Julian. — 45. 1. 83. § 6. f. Paul. — COD. 2. 3. *De pact.* 7. const. Anton.; et 14. const. Gordian. — 2. 4. *De transact.* 6. const. Alexand., etc.

messes de l'autre, se complètent ensemble l'une par l'autre, et, quoique plusieurs aient interrogé ou plusieurs répondu, qu'elles ne fassent, en définitive, qu'un seul tout, qu'un seul et même acte complet, contenant interrogation et réponse conforme. On dit alors qu'il y a deux ou plusieurs costipulants (*duo rei stipulandi*), deux ou plusieurs coprometttants (*duo rei promittendi*), nommés, ainsi que nous le trouvons une seule fois, dans un fragment d'Ulpien, *conrei* ou *correi* (1).

1266. 2° De manière qu'une première stipulation suivie d'une réponse conforme ayant eu lieu et formant obligation complète en elle-même et principale, il intervienne, pour la garantir et la fortifier, un nouveau contrat par paroles, distinct mais accessoire, dans lequel le même objet — ou soit stipulé du même débiteur par un second stipulant, en qualité d'adjoint au premier (c'est ce qu'on nomme un *adstipulator*) (2); — ou soit promis au même créancier, par un second promettant qui réponde du premier (c'était ce qu'on nommait en général *adpromissor*) (3), et dont on distinguait plusieurs classes : le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor* (4).

1267. Dans le premier cas, il n'y a qu'un seul et même contrat par paroles, composé de divers éléments. — Dans le second, il y a plusieurs contrats par paroles, l'un principal et les autres accessoires (5). Aussi les expressions *conrei*, pour un cas, et *adstipulator*, *adpromissor*, pour l'autre, répondent-elles parfaitement à l'idée. L'une marque le concours, la coopération, les autres seulement l'adjonction, l'accession. Mais dans les deux cas, les diverses stipulations ou promesses n'ont toutes qu'un seul et même objet d'obligation.

1268. Nous nous occuperons ici avec le texte des *duo rei stipulandi*, ou *promittendi*; et nous remettrons à traiter, sous le titre XX, de l'*adstipulator*, ainsi que des diverses classes d'*adpromissores*.

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita si, post omnium interrogationem, promissor respondeat : SPONDEO; ut puta, cum duobus separatim stipulantibus, ita promissor respondeat : UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. Nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt : MAEVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPON-

Deux ou plusieurs personnes peuvent être parties ensemble dans la stipulation ou dans la promesse. Dans la stipulation, si, après l'interrogation de tous, le promettant répond : SPONDEO; par exemple, lorsque deux personnes ayant stipulé séparément, le promettant répond : JE RÉPONDS DE DONNER A CHACUN DE VOUS. Car s'il répond d'abord à Titius, et qu'ensuite, sur l'interrogation de l'autre, il réponde encore, il y aura deux obligations distinctes, et non pas deux costipulants. Deux ou plusieurs copro-

(1) DIG. 34. 3. *De libert. legat.* 3. § 3. f. Ulp. — (2) GAI. Comm. 3. § 110 et suiv. — (3) DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* 5. § 2. f. Pomp. — 46. 3. *De solut.* 43. f. Ulp. — (4) GAI. Comm. 3. § 115 et suiv. — (5) GAI. Comm 3. § 126.

DES? si respondent singuli separatim : SPONDEO.

mettants s'établissent ainsi : MÆVIUS, RÉPONDS-TU DE ME DONNER CINQ SOUS D'OR? SEIUS, RÉPONDS-TU DE DONNER LES MÊMES CINQ SOUS D'OR? chacun d'eux répondant séparément : JE RÉPONDS.

1269. Le mécanisme est facile à préciser. Il se déduit de ce principe que du moment qu'une interrogation a été suivie d'une promesse conforme, le contrat par paroles est formé; d'où il suit que si les interrogations étaient séparées et suivies chacune d'une réponse, il y aurait autant de contrats, autant de créances et de dettes distinctes. Pour obtenir le résultat proposé, il faut donc que toutes les interrogations aient lieu d'abord (soit que plusieurs doivent interroger, soit qu'un seul doive interroger plusieurs), et qu'ensuite intervienne la réponse commune, ou toutes les réponses successives, s'il y a plusieurs promettants. De cette manière, toutes les stipulations ne forment, pour ainsi dire, qu'un faisceau, auquel répond la promesse commune, ou le faisceau de toutes les promesses. L'acte n'est qu'un seul tout, quoique composé d'éléments multiples.

1. Ex hujusmodi obligationibus, et stipulantibus *solidum* singulis debetur, et promittentes singuli *in solidum* tenentur. In utraque tamen obligatione *una res vertitur*, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat.

1. Par suite de telles obligations, la chose stipulée est due en totalité à chacun des stipulants, ou *en totalité* par chacun des promettants. Cependant, dans l'une et dans l'autre obligation, il n'y a qu'une chose due; et le payement, soit reçu par un seul, soit fait par un seul, détruit l'obligation pour tous les créanciers et libère tous les débiteurs.

1270. La chose due l'est, dans le cas de plusieurs costipulants, à chacun d'eux en totalité (*in solidum*); et dans le cas de plusieurs copromettants, par chacun d'eux en totalité (*in solidum*). Remarquez que c'est là une conséquence forcée de la nature du contrat par paroles. Il ne pouvait pas, dans l'esprit du strict droit civil romain, en être autrement : du moment que les interrogations et les promesses ont eu lieu de la manière exposée au paragraphe précédent, chacun des créanciers a stipulé, et il lui a été promis la chose en totalité; chacun des débiteurs a promis la chose en totalité; il n'est pas besoin de s'enquérir de l'intention, les paroles y sont : donc la chose est due à chacun d'eux, ou par chacun d'eux en totalité (1). — Mais elle ne l'est qu'une seule fois,

(1) Dans le fragment de Papinien (DIG. 45. 2. *De duobus reis constituendis*. 11. §§ 1 et 2.), le jurisconsulte est consulté sur un écrit (*cautio*) constatant que des stipulations entre plusieurs ont eu lieu; mais l'écrit n'exprime pas suffisamment qu'elles aient eu lieu de la manière nécessaire pour former l'obligation *in solidum*. En conséquence, Papinien décide que les divers stipulants ou les divers promettants n'ont droit ou ne sont obligés chacun qu'à une part virile (*virilem partem*). Mais ce texte n'en est pas moins remarquable, en ce qu'il nous prouve que les stipulations et les promesses auraient pu être conçues de manière à produire non pas obligation *in solidum*, mais obligation par parts

car ce n'est qu'un seul et même objet pour tous qui a été stipulé et promis; il y a, dans le contrat, unité d'objet d'obligation (*una res vertitur,* selon notre texte; *una et summa est,* selon Ulpien). — De cette expression *in solidum,* est venue chez nous la dénomination d'obligation *solidaire,* de créanciers ou débiteurs *solidaires,* donnée à ce genre d'engagement.

**1271.** Dans cette combinaison particulière du contrat par paroles, y a-t-il plusieurs obligations : autant que de costipulants, autant que de coprometttants, ou n'y en a-t-il qu'une seule? On érige trop communément en principe fondamental qu'il n'y a qu'une seule obligation. Cette assertion est inexacte; aussi, loin de pouvoir expliquer toutes les conséquences juridiques du contrat, elle paraîtra en harmonie avec quelques-unes, mais en contradiction flagrante avec les autres. La vérité est qu'il faut distinguer, selon l'aspect sous lequel on envisage le contrat.

Si on le considère sous le rapport de l'objet de l'obligation, il est certain qu'il n'y a qu'un objet : c'est la même chose qui est due à chacun ou par chacun en totalité, et elle n'est due qu'une seule fois. Voilà en quel sens les jurisconsultes ont pu dire qu'il n'y a qu'une obligation; voilà comment on peut être porté, en traitant de cette matière, à employer le mot d'obligation au singulier; voilà comment on le trouve en effet au singulier dans plusieurs fragments de Javolenus, d'Ulpien, de Julien (1).

Mais si on considère le contrat sous le rapport des personnes qui sont le sujet actif ou passif du droit, si on se réfère surtout à la nature de l'obligation, qui emporte l'idée d'un lien, d'une attache, d'une relation juridique entre le créancier et le débiteur, on concevra que dans le cas, par exemple, de plusieurs costipulants, le promettant est lié à chacun d'eux, qu'il y a donc autant de liens, autant d'obligations que de costipulants; et qu'il en est de même dans le cas de plusieurs coprometttants, chacun d'eux étant lié envers le créancier. Aussi les jurisconsultes romains énoncent-ils formellement cette multiplicité d'obligations, du moment qu'ils considèrent le contrat sous le rapport des personnes : « Nam » etsi maxime parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque » persona, propria singulorum consistit obligatio », dit textuellement Papinien (2); — « Duas obligationes eum sustinere dicendum est », dit aussi Venulejus, en parlant du cas où soit l'un des

---

viriles. Par exemple, selon toute probabilité, pour prendre l'espèce de Papinien, si le stipulant, s'adressant à plusieurs collectivement, avait dit : « *Antoninus Achilleus et Cornelius divus, centum dare spondetis?* » — Réponse : « *Spondemus.* »

(1) « Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt... petitione, acceptilatione unius, *tota solvitur obligatio.* (Dig. 45. 2. 2. f. Javol.) — « Utique enim, *cum una sit obligatio,* una et summa est. » (*Ib.* 3. § 1. f. Ulp.) Il faut avouer qu'il eût été plus exact de renverser la proposition. — *Ib.* 6. § 3. f. Julian. « *Obligationem* reorum; contrarius *obligationi,* » au singulier. —

(2) Dig. 45. 2. 9. § 2. f. Papin.

deux copromettants, soit l'un des deux costipulants, hériterait de l'autre (1). Tous ces liens, toutes ces obligations, se trouvent, il est vrai, dans une connexion, dans une dépendance l'une de l'autre, puisqu'elles n'ont qu'un seul et même objet; mais la connexion n'est pas telle qu'il ne puisse arriver que l'une de ces obligations soit nulle (par exemple, si l'un des costipulants ou des copromettants était incapable), les autres restant valables; ou que l'une soit dissoute, les autres continuant de subsister. Preuve évidente que, bien qu'identiques et réunies en faisceau quant à l'objet, elles sont multiples et distinctes quant aux personnes.

1272. Ces deux principes, qui se complètent l'un par l'autre, servent à expliquer rationnellement les règles de ce genre d'engagement. On en peut déduire, en somme, que toute cause de nullité ou de dissolution qui portera sur l'objet même (*in rem*) annulera ou dissoudra toutes les obligations; — tandis que celles relatives exclusivement à telle ou à telle personne ne produiront d'effet qu'à l'égard de l'obligation concernant cette personne.

Ainsi, par exemple, si l'objet est payé (*solutio*), ou déclaré solennellement tenu pour payé (*acceptilatio*), ou s'il y a novation (*novatio*), ou tout autre acte considéré comme équivalent à payement, toutes les obligations sont dissoutes (2). — Si, au contraire, l'un des débiteurs, par exemple, est exempté de l'obligation par diminution de tête (3), ou s'il est intervenu seulement un pacte de remise fait par l'un des costipulants, en faveur de l'un des copromettants (4), les effets de ces événements sont restreints au droit des personnes qu'ils concernent, l'obligation des autres continue de subsister.

1273. Dans le cas de plusieurs costipulants, chacun d'eux a l'action pour la totalité (*in solidum*) contre le débiteur commun; mais, du moment que l'un d'eux a agi, il ne peut plus être fait ni payement ni offres valables aux autres (5).

1274. Réciproquement dans le cas de plusieurs copromettants, le créancier a action contre chacun d'eux pour la totalité (*in soli-*

---

(1) Dig. 45. 2. 13. f. Venulej. — (2) Dig. 45. 2. *De duobus reis constituendis*, 2. f. Javol., et 3. f. Ulp. — 46. 4. *De acceptilatione*. 16. f. Ulp. — 12. 2. *De jurejurando*, 27. f. Gai. et 28. pr. f. Ulp. — Dans le cas de plusieurs costipulants, la question de savoir si l'un d'eux pouvait libérer le débiteur par novation est controversée. Affirm. Dig. 46. 2. *De novat*. 31. § 1. f. Venulej. — Négat. 2. 14. *De pactis*. 27. pr. f. Paul. — Dans le cas de plusieurs copromettants, pour la question analogue, c'est-à-dire celle de savoir si la novation faite par le créancier avec l'un des débiteurs libère les autres, l'affirmative ne semble pas pouvoir être mise en doute. Dig. 16. 1. *Ad sen.-cons. Vellejanum*, 8. § 11. f. Ulp. et 20. f. Afric. — (3) Dig. 45. 2. 19. f. Pomp. — (4) Dig. 2. 14. *De pactis*. 21. §§ 5, 25 et 27. pr. f. Paul. — Mais si le pacte de remise intervenu entre le créancier et l'un des copromettants est ce que les Romains appellent *in rem*, c'est-à-dire général, et non pas seulement en faveur de la personne, il profite à tous les débiteurs. — (5) Dig. 45. 2. 16. f. Gai. — Le motif, c'est que la chose, l'objet de l'obligation se trouve, en totalité, déduit *in judicio*. Dig. 46. 2. *De novat*. 31. § 1. f. Venulej.

*dum*), et il peut choisir celui qu'il lui plaît d'attaquer (1). Mais du moment qu'il avait agi contre l'un d'eux, les autres coprometlants se trouvaient-ils libérés? Les fragments des jurisconsultes, bien que quelquefois altérés au Digeste, paraissent dans leur ensemble consacrer l'affirmative pour l'ancien droit (2). Il faut se rappeler à cet égard, que sous le système de la procédure formulaire, dans les actions *in personam*, qualifiées de *legitima judicia*, à cette partie de la procédure nommée *litis contestatio*, il s'opérait une sorte de novation (3). Dès lors, et par l'effet de cette novation, les coprometlants autres que celui qui était en cause se trouvaient libérés. Dans les autres actions, qui n'avaient pas le caractère de *legitimum judicium*, c'était au moyen des exceptions *rei in judicium deductæ*, ou *rei judicatæ*, que la nouvelle demande du créancier pouvait être repoussée. — Sous Justinien, époque à laquelle depuis longtemps la procédure formulaire n'existe plus, le système est changé, et nous trouvons dans le Code une constitution de ce prince, qui décide formellement que le créancier, en poursuivant l'un des coprometlants, ne libère pas les autres, mais qu'il conserve contre chacun d'eux toutes ses actions, jusqu'à ce qu'il ait obtenu satisfaction entière (4). Mais on pense généralement que l'ancien droit est maintenu quant à l'action intentée par le costipulant.

1275. Outre les rapports de créancier à débiteur, il y a encore à régler les rapports des divers costipulants entre eux, ou des divers coprometlants. Les jurisconsultes romains distinguaient à cet égard s'il y avait entre les costipulants, ou entre les coprometlants, une société (*si socii sint*), une communauté, une relation quelconque de droit qui les obligeât à mettre en commun le résultat de l'affaire, ou à s'en rendre compte. Dans cette hypothèse, le costipulant qui avait tout reçu pouvait être actionné par les autres, ou le coprometlant qui avait tout payé pouvait actionner les autres, pour que le résultat fût communiqué entre chacun selon son droit, au moyen de l'action soit de société, soit de mandat, ou par toute autre action produite par le lien qui les unissait. A défaut d'une pareille relation, et si l'on reste dans le droit strict de la stipulation, il faudra dire que le costipulant qui a reçu le tout n'a rien à rendre à ses costipulants; ni le coprometlant qui a payé le tout, rien à répéter contre ses coprometlants : car la stipulation seule et par elle-même n'emporte aucune obligation semblable (5). (App. 4, liv. 3.)

(1) Dig. 45. 2. 3. § 1. f. Ulp. — Cod. 8. 40. *De duobus reis stip. et prom.* 2 et 3. const. Diocl. et Maxim. — (2) Pour la libération des autres coprometlants : Dig. 45. 2. 2. f. Javolen. — 21. 2. *De eviction*. 51. § 4. f. Ulp. — 45. 1. *De verb. oblig.* 116. Paul. sur un fragm. de Papinien. — On oppose : Dig. 30. (*De legatis. I.*) 8. § 1. f. Pomp.; mais les mots *et solutum* sont bien probablement interpolés. — (3) Gai. Comm. 3. § 180. — (4) Cod. 8. 41. (*De fidejuss.*) 28. const. Justinian. — (5) Dig. 35. 2. *Ad legem Falcid.*, 62. pr.

II. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies, aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est petatur.

2. De deux copromettants l'un peut être obligé purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition, et ni le terme ni la condition ne feront obstacle à ce qu'on demande immédiatement le payement à celui dont l'obligation est pure et simple.

1276. Puisque, si l'on considère les personnes, on est obligé de reconnaître plusieurs liens, chacun de ces liens peut être modifié différemment : l'un est pur et simple, l'autre à terme ou sous condition. Mais, à l'égard de la chose objet de l'obligation, elle doit toujours et absolument être la même pour tous.

1277. La stipulation, employée selon les combinaisons indiquées dans ce titre, n'est pas l'unique source des créances ou des obligations solidaires entre plusieurs (*in solidum*). La solidarité, bien qu'avec quelques modifications selon les cas, peut provenir de diverses autres causes : soit d'un contrat autre que celui par paroles, soit des dispositions d'un testament, d'un délit commun, ou de la loi (1). C'est un sujet sur lequel nous reviendrons lorsqu'après avoir étudié en détail les diverses sources d'obligations, nous nous trouverons à même de généraliser.

1278. A l'obligation solidaire entre plusieurs (*in solidum*), la doctrine oppose l'obligation existant aussi soit entre plusieurs créanciers, soit entre plusieurs débiteurs, mais de manière que chacun n'ait droit ou ne soit obligé qu'à une quote-part. Ici, il y a au fond, soit quant aux personnes, soit quant à l'objet, autant d'obligations différentes que de créanciers ou que de débiteurs. Les commentateurs ont nommé ce genre d'obligation *obligatio pro rata*. La jurisprudence romaine ne l'a point distinguée et classée méthodiquement; elle y apparaît cependant quelquefois sous les expressions : *pro parte teneri; virilem partem stipulari; partes viriles deberi; pro portione virili conveniri*, etc. (2).

1279. Enfin il existe aussi un autre genre d'obligation entre plusieurs débiteurs, dans lequel chacun est tenu pour le tout (*in*

---

Ulp. — 46. 2. *De novat.*, 31. § 1. f. Venulej. — Cod. 8. 40. *De duob. reis*. 2. const. Dioclet. et Maxim. — Ce n'était là qu'une règle générale et rigoureuse, résultant de la nature de la stipulation, et appliquée également dans d'autres cas. — Dig. 46. 1. *De fidejuss.*, 39. f. Modest.

(1) « Fiunt duo rei promittendi... non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento. » Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 9. pr. f. Papin. — 13. 6. *Commodat.* 5. § 15. f. Ulp. — 19. 2. *Locati*. 13. § 9. f. Ulp. — 30. (*De legat. I.*) 8. § 1. f. Pompon. — 31. (*De legat. II.*) 16. f. Paul. — 4. 2. *Quod metus causa*, 14. § 15. f. Ulp. — 9. 3. *De his qui effuderint*. 3. f. Ulp. — Cod. 4. 8. *De condict. furtiva*. 1. const. Diocl. et Maxim. — Cod. 7. 55. *Si plures una sententia condemnati sunt*. 1. const. Alexand. — Rapprocher néanmoins : Dig. 42. 1. *De re judicata*. 43. f. Paul. — (2) Dig. 13. 6. *Commod.* 5. § 15. f. Ulp. — 45. 2. *De duob. reis*. 11. §§ 1 et 2. f. Papin. — 42. 1. *De re judic.* 43. f. Paul. — Cod. 7. 55. *Si plures una sent.* 1. const. Alex.

*solidum*), mais sans qu'on puisse attribuer à ces obligations multiples le caractère et les effets de l'obligation des *correi promittendi*. Nous aurons à y revenir, en traitant de ce qui concerne les fidéjusseurs (1), et plus généralement après l'exposition des diverses sources d'obligations (ci-après, n°° 1811 et suiv.).

| TITULUS XVII. | TITRE XVII. |
|---|---|
| DE STIPULATIONE SERVORUM. | DES STIPULATIONS DES ESCLAVES. |

1280. La question de savoir par quelles personnes on peut acquérir la propriété, la possession, le bénéfice des legs ou des institutions, a déjà été précédemment exposée dans les Instituts (tom. II, n°° 608 et suivants, 721 et suivants). La même question reviendra dans un titre ultérieur (ci-dessous, tit. 28), pour ce qui concerne l'acquisition des obligations en général. Et cependant les Instituts de Justinien, à propos du contrat formé par paroles, traitent ici, comme par anticipation et par double emploi, d'une matière qui n'est véritablement qu'une partie de la précédente · savoir, des stipulations faites par les esclaves (2).

1281. Nous savons que, selon le droit civil rigoureux, et sous le rapport du droit de propriété que son maître a sur lui, l'esclave n'est pas une personne : c'est-à-dire qu'il n'est pas un acteur pouvant jouer, de son chef, un rôle sur la scène juridique, ou, en d'autres termes, qu'il n'est pas un être capable d'avoir ou de devoir des droits. Mais nous savons aussi que le droit civil le considère, en certains cas, comme pouvant revêtir la personne, le masque juridique de son maître; comme pouvant fonctionner, jouer un rôle juridique en qualité de représentant, pour ainsi dire de doublure de son maître, et pour le compte de ce dernier (t. II, n° 47). Dans ce cas, comme le dit élégamment Théophile en sa paraphrase, c'est la personne du maître qui personnifie l'esclave. Nous avons déjà vu les conséquences de ce principe quant à la capacité communiquée aux esclaves, du chef de leur maître, de recevoir un legs ou d'être institués héritiers, ou d'acquérir au profit de ce maître la propriété ou d'autres droits réels. Il s'agit d'examiner maintenant quelle est cette capacité en fait d'obligations.

1282. Distinguons d'abord à ce sujet entre le rôle de créancier et celui de débiteur.

Quant au rôle de créancier, le principe romain est que l'esclave est admis à fonctionner pour obliger les autres envers son maître, et que toutes les créances qu'il acquiert, civiles, prétoriennes ou naturelles, sont acquises à son maître, pour lequel il n'est ainsi qu'un instrument de profit. C'est une application de cette maxime:

---

(1) Ci-dessous, tit. 20. § 4. n° 1392. — (2) Un titre spécial au Digeste est également consacré à cette matière. DIG. 45. 3. *De stipulatione servorum.*

« Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest (1). »

1283. Quant au rôle de débiteur, le principe, toujours par la même application, est que l'esclave ne peut, par les contrats ou par les conventions qu'il fait, obliger son maître envers les autres ; mais le droit prétorien a apporté des adoucissements à cette rigueur civile : mû par des considérations d'équité, il a distingué plusieurs cas et certaines limites dans lesquelles il a considéré les maîtres comme obligés par les opérations de leurs esclaves, et donné, en conséquence, aux créanciers contre le maître des actions résultant de ces opérations, mais investies d'une qualité particulière (2).

S'il s'agit de délits, l'esclave, par ceux qu'il commet, oblige son maître jusqu'à un certain point, et cela, non par le seul droit prétorien, mais par les plus vieilles institutions du droit civil : c'est-à-dire que l'action du délit commis par l'esclave est donnée contre le maître, mais avec une qualité qui permet à celui-ci de se libérer en faisant l'abandon noxal de cet esclave (3).

1284. Dans tout ceci nous ne parlons de l'esclave que comme instrument de son maître, comme soutenant la personne de ce maître ; mais quant à lui individuellement, de son propre chef, peut-il se faire qu'il soit créancier ou débiteur?

1285. Pour le rôle de créancier, cette possibilité n'existe pas en droit civil : toute créance est acquise par l'esclave à son maître. Cependant dans certains cas où cette acquisition au profit du maître ne saurait avoir lieu, la jurisprudence avait admis qu'il pouvait naître au profit de l'esclave des créances, non pas civiles, bien certainement, mais des créances naturelles, auxquelles certains effets étaient attachés. C'est un adoucissement à la rigueur du droit qui dépouille l'esclave de personnalité : personnalité civile, oui ; mais naturelle, non. Nous en avons un exemple bien remarquable dans les cas où il s'agit d'opérations ou de comptes entre l'esclave et son propre maître (4). — On est autorisé à supposer qu'il devait en être de même dans le cas d'un esclave qui, ayant été abandonné *pro derelicto,* se trouvait n'avoir plus aucun maître (ci-dessous, n° 1297). Aussi Ulpien a-t-il dit : « *Ex contractibus naturaliter obligant.* »

1286. Pour le rôle de débiteur, le droit civil lui-même admet que l'esclave est individuellement obligé par ses délits, en ce sens que l'action noxale le suit en quelques mains qu'il passe (*caput noxa sequitur*) ; et que, s'il est affranchi, l'action, devenue

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 133. f. Gai. — (2) Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 7. *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.* — Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. *in fine*, f. Ulp. — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 8. *De noxalibus actionibus.* — (4) Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 64. f. Tryphon. — 15. 1. *De peculio.* 49. § 2. f. Pompon. — 40. 7. *De statu liberis*, 3. § 2. f. Ulp.

action directe, est donnée désormais contre lui (ci-dess., liv. 4, tit. 8, § 5).

Mais s'il s'agit de contrats, le principe civil est que l'esclave ne saurait s'obliger. « Servus autem ex contractibus non obligatur ; » — « In personam servilem nullam cadit obligatio, » disent Paul et Ulpien (1). Ici encore la jurisprudence apporte ses adoucissements, et reconnaît une obligation naturelle à la charge de l'esclave.

Ces deux règles, relatives au rôle de débiteur, en la personne même de l'esclave, se résument dans le fragment que voici, tiré d'Ulpien : « Servi ex delictis quidem obligantur : et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem *civiliter* quidem non obligantur; sed *naturaliter* et obligantur et obligant (2). »

1287. Enfin, la situation de l'esclave, dont la personnalité s'absorbait, en droit civil, dans celle de son maître, qui n'avait, suivant la rigueur des principes, d'autre droit que celui du maître, d'où l'expression *alieni juris* : cette situation ne permettait pas qu'il pût naître entre le maître et l'esclave aucune relation soit de créance, soit de dette civile. La règle était générale ; elle s'appliquait non-seulement aux contrats, mais même aux délits (3), à la différence de ce qui avait lieu pour ce dernier point à l'égard des étrangers (ci-dess., n°s 1283 et 1286). — La jurisprudence avait adouci cette rigueur en reconnaissant, du moins, entre le maître et son esclave la possibilité de créances ou d'obligations naturelles, relatives à des affaires ou à des opérations qui, en fait, se présentaient fréquemment entre eux dans la pratique (4). On ne voit pas qu'elle en eût fait autant pour les délits.

1288. Après ces notions générales émises, arrivons à ce qui concerne spécialement le contrat formé par paroles (*verbis*).

Ce contrat présente deux rôles juridiques bien distincts : stipuler ou promettre (n° 1237). C'est le premier de ces rôles seulement, c'est-à-dire le rôle de stipulant, que l'esclave est admis à remplir comme revêtu de la personne de son maître. Mais il ne lui est pas permis de fonctionner comme promettant; la stipulation serait inutile, ainsi que le texte nous le dira bientôt (ci-après, tit. XIX, § 6); et cela, par suite du principe général que nous avons déjà

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 43. f. Paul. — 50. 17. *De regul. jur.* 22. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 14. f. Ulp. — Voir ci-dessous, tit. 20. *De fidejuss.* § 1, au sujet des fidéjusseurs qui peuvent être valablement donnés pour garantir les obligations naturelles des esclaves. — Joignez-y les espèces des lois suivantes : Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 17. fr. Ulp.; 16. 3. *Deposit.* 21. § 1. f. Paul., dans lesquelles il peut y avoir lieu même à action contre l'esclave après son affranchissement, parce que le fait auquel se rattache l'obligation persévère en la personne de l'esclave après cet affranchissement. — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 8. § 16. — Cod. 4. 14. *An servus pro suo facto*, etc., 6. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Voir ci-dessus, n° 1285, avec la note 1, pour les créances de l'esclave. Ajoutez-y, pour les dettes : Dig. 15. 1. *De pecul.* 5. § 4; et 9. § 2. f. Ulp.

posé : « Servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli. »

1289. Examinons donc le sort des stipulations faites par les esclaves. Les difficultés de la matière se rallient autour de ces deux questions : 1° l'esclave a-t-il sa capacité, et en conséquence la stipulation est-elle valable? 2° à qui le résultat de la stipulation est-il acquis? — Pour les résoudre, il ne faut pas perdre de vue les principes généraux déjà connus : 1° l'esclave tire sa capacité de la personne de son maître, donc c'est à celui-ci qu'il faut se référer pour juger la capacité; 2° il acquiert le bénéfice de la stipulation à son maître. Mais au maître de quelle époque? Celui de l'époque où la stipulation a été faite, même dans le cas de stipulation conditionnelle; car, à la différence de ce qui arrive pour le cas de legs ou d'institution d'héritier, ici, selon les principes déjà développés ci-dessus, n° 1253, c'est à l'instant même du contrat que le lien, tout éventuel qu'il puisse être, s'est formé : « *Quia ex præsenti vires accipit stipulatio* (1) »; 3° enfin, l'engagement résulte, ici, strictement des paroles (*verbis*); d'où il suit qu'il faut s'attacher à la conception des paroles pour juger de l'obligation qu'elles constituent, et pour voir si ces paroles sont en harmonie avec les conditions essentielles de la matière. — De telle sorte qu'en définitive, la validité et les effets divers des stipulations faites par les esclaves dépendent des diverses situations dominicales dans lesquelles ceux-ci peuvent se trouver, ainsi que des paroles qu'ils emploient en interrogeant.

1290. Cela posé, il peut arriver que l'esclave se trouve dans l'une de ces situations : 1° qu'il appartienne à un seul maître; 2° à une hérédité jacente; 3° à plusieurs maîtres en commun; 4° en nue propriété à l'un, et à l'autre en usufruit, ou en usage; 5° qu'il soit esclave d'autrui, ou même homme libre possédé de bonne foi comme esclave; 6° esclave public; 7° ou enfin, qu'il n'ait pas de maître. Parcourons rapidement ces divers cas, en suivant le texte.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.

L'esclave tire de la personne de son maître le droit de stipuler. Et, comme l'hérédité dans la plupart des cas représente la personne du défunt, la stipulation faite par l'esclave héréditaire avant l'adition d'hérédité est acquise à l'hérédité, et par là même à celui qui devient plus tard héritier.

1291. 1° *L'esclave n'a qu'un seul maître.* Ce premier cas offre peu de difficultés. L'esclave tire sa capacité de celle de son maître; il lui acquiert le bénéfice de la stipulation à l'instant même où cette stipulation a lieu. Si donc le maître, par une raison quelconque, n'est pas capable d'acquérir ce bénéfice, la stipulation est

(1) DIG. 45. 3. *De stipul. serv.* 26. f. Paul. — VATIC. J. R. Fragm. § 55.

inutile; par exemple : si l'esclave a stipulé une servitude prédiale, et que le maître n'ait aucun fonds (1). — Si le maître est captif chez l'ennemi, et que l'esclave ait stipulé *nominativement* pour ce maître, la stipulation sera en suspens : si le captif revient, elle sera valable par le droit de *postliminium*; s'il meurt chez l'ennemi, elle sera nulle, sans pouvoir s'appliquer aux héritiers, parce que les paroles ont désigné nominativement le captif, qui était incapable et qui est mort en cet état (2). — Le principe que la stipulation, même conditionnelle, est acquise au maître qu'avait l'esclave au moment où il a stipulé, « Quia ex præsenti vires accipit stipulatio », est tellement vrai, que la stipulation serait acquise à ce maître même dans le cas où l'esclave l'aurait faite, soit à terme, soit conditionnellement, pour le temps où il se trouverait aliéné ou affranchi (3). — Du reste, l'acquisition de la créance a lieu pour le maître, même quand la stipulation a été faite contre son gré (*vetante domino*) (4).

1292. 2° *L'esclave appartient à l'hérédité.* L'hérédité, jusqu'à l'adition, soutient la personne, le masque juridique du défunt. L'esclave puise dans ce principe la capacité de stipuler, comme celle d'être gratifié d'un legs ou institué héritier; et le bénéfice de la stipulation qu'il fait, tant conditionnelle ou à terme que pure et simple, est acquis à l'instant même à l'hérédité. — Mais s'il y a dans l'hérédité une personne juridique morale, il est certain qu'il n'y a pas d'individu, de personne physique. Si donc le droit stipulé par l'esclave héréditaire est de nature à exiger nécessairement pour sa constitution l'existence d'une personne physique, la stipulation est inutile (5). Ainsi l'esclave héréditaire ne pourra stipuler, même conditionnellement, un droit d'usufruit ou d'usage. Un pareil droit, au contraire, pourrait lui être valablement légué, parce que le bénéfice du legs n'est pas immédiatement fixé, comme celui de la stipulation, au profit de l'hérédité, et qu'il suffira que la personne physique nécessaire à la constitution du droit existe au moment de cette fixation, c'est-à-dire au moment du *dies cedit* (6).

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit. *Idem juris*

1. Du reste, qu'il stipule soit pour son maître, soit pour lui-même, pour son coesclave, ou sans désignation de per-

---

(1) Mais il suffirait, pour la validité de la stipulation, que le maître eût un fonds, quand bien même ce fonds ne serait pas dans le pécule de l'esclave stipulant. A la différence du legs de servitude prédiale fait à l'esclave, qui n'est valable qu'autant que cet esclave a un fonds dans son pécule. Nous avons expliqué les motifs de cette différence, t. II, n° 488, note 2. — (2) DIG. 45. 3. 18. § 2. f. Papin. — (3) *Ib.* 40 f. Pomp. — (4) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 62. f. Julian. — 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 32. f. Gai. — (5) DIG. 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 61. f. Hermogen. — (6) DIG. 45. 3. 26. fragment de Paul, qu'on retrouve aussi identiquement dans les fragments du Vatican, § 55. — 7. 4. *Quib. mod. ususf. amitt.* 18. f. Pomp. — 7. 3. *Quando dies ususf. legati cedat.* 1. § 2. f. Ulp. — Voir aussi ce que nous avons dit tom. II, n° 488, note 2.

***est, et in liberis*** **qui in potestate patris sunt, ex quibus causis adquirere possunt.**

**sonne, l'esclave acquiert à son maître. *Il en est de même des enfants* en la puissance de leur père, pour les causes par lesquelles ils peuvent lui acquérir.**

1293. Ce paragraphe est relatif aux paroles de la stipulation, spécialement quant à la désignation de la personne au profit de qui elle est faite. La règle générale, c'est qu'il faut qu'il y ait accord entre cette désignation et les principes relatifs à l'acquisition de la stipulation. Cet accord existe dans tous les exemples cités par le texte (1). Mais si l'esclave stipulait pour un étranger (c'est-à-dire pour une autre personne que son maître), ou, ce qui reviendrait au même, pour l'esclave d'un étranger, la stipulation serait inutile, parce qu'elle serait faite pour une personne à qui l'esclave ne peut pas acquérir (2).

De même, quant à l'esclave héréditaire, il peut faire la stipulation soit nominativement pour lui-même (*sibi*), pour l'hérédité, pour un esclave de l'hérédité; soit *impersonaliter*, sans désignation de personne. Mais il ne pourrait la faire nominativement pour le défunt, parce qu'il ferait intervenir ici l'individu, l'être physique qui n'existe plus (3). — Pourrait-il la faire pour l'héritier futur (*futuro heredi nominatim*)? Cette question est une de celles sur lesquelles il y avait eu division entre les deux sectes de jurisconsultes (ci-dess., n° 645), et nous trouvons insérées au Digeste les deux opinions contraires. Ainsi, nous voyons que Proculus, Papinien, Paul, étaient pour la négative; et Paul nous en donne la raison: c'est qu'au moment où la stipulation est faite, où doit avoir lieu par conséquent l'acquisition du droit, l'héritier futur n'est pas le maître de l'esclave, n'est encore pour lui qu'un étranger: « Quia stipulationis tempore, heres dominus ejus non fuit (4). » Cassius, au contraire, et, d'après lui, Gaius et Modestin, répondaient affirmativement, comme conséquence du principe admis par eux, que l'héritier après l'adition est censé avoir succédé au défunt au moment même de la mort: « Quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse (5). » C'est même, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus (n° 645), la seule conséquence pratique qu'on aperçoive dans les textes, en fait de controverses de droit civil, du principe de l'effet rétroactif attribué à l'adition.

*Idem juris est et in liberis.* Il y a toutefois entre le fils de famille et l'esclave, sous le rapport de la capacité de contracter, des différences radicales que nous exposerons à part, à la suite de notre titre.

**II. Sed cum *factum* in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipu-**

**2. Si c'est *un fait* qui est stipulé, la stipulation est exclusivement restreinte**

(1) Dig. 45. 3. 15. f. Florent. — (2) *Ib.* 30. f. Paul. — 13. f. Ulp. — 14. et 1. § 3. f. Julian. — (3) *Ib.* 18. § 2. f. Papin. — (4) *Ib.* 16. f. Paul. — 18. § 2. f. Papin. — (5) Dig. 45. 3. 28. § 4. f. Gai. — 35. f. Modest.

lantis continetur; veluti si servus stipuletur *ut sibi ire, agere liceat*. Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

à la personne du stipulant : par exemple, si l'esclave stipule *qu'il lui sera permis de passer et de conduire*. C'est lui seul, en effet, et non le maître qui ne peut être empêché de passer.

1294. *Factum*. C'est ici l'application d'un principe que nous trouvons exprimé par Paul en matière de legs et d'institutions : « Quæ facti sunt non transeunt ad dominum (1). » Ce serait, en effet, changer l'objet promis, que de substituer dans l'exécution du fait un individu à un autre. Mais au fond, l'esclave n'est jamais qu'un instrument ; c'est le maître qui a le droit de faire faire tel fait par son esclave.

*Ut sibi ire, agere liceat*. Il ne s'agit pas ici d'une servitude d'héritage, laquelle serait constituée comme qualité inhérente au fonds (2) ; il s'agit d'un simple fait individuel, que le maître acquiert le droit de faire exercer par son esclave (3).

III. Servus communis, stipulando, unicuique dominorum pro proportione dominii adquirit, nisi jussu unius eorum, aut nominatim cui eorum stipulatus est; tunc enim ei soli adquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur veluti si res quam dari stipulatus est unius domini sit.

3. L'esclave commun, en stipulant, acquiert à chacun de ses maîtres en proportion de leur domaine sur lui, à moins qu'il n'ait stipulé par l'ordre d'un seul d'entre eux, ou pour l'un d'eux nommément; car alors c'est à celui-là seul qu'il acquiert. La stipulation faite par l'esclave commun est également acquise en totalité à l'un de ses maîtres si la chose stipulée n'est pas susceptible d'être acquise par l'autre ; par exemple, si elle appartient à l'un des maîtres.

1295. 3° *L'esclave appartient à plusieurs maîtres en commun ; — 4° à l'un en propriété, et à l'autre en usufruit, ou en usage : — 5° il est esclave d'autrui, ou même homme libre possédé de bonne foi comme esclave*. L'examen de ces divers cas revenant plus bas dans le texte, sous le titre spécial : *Per quas personas nobis obligatio adquiritur,* nous nous contenterons ici des dispositions contenues en notre paragraphe, et nous renverrons pour de plus amples explications au titre spécial (ci-dessous, tit. XXVIII).

1296. 6° *L'esclave est esclave public*. C'est-à-dire il appartient à la république, ou même plus strictement à un municipe, à une colonie : Ulpien nous dit que la stipulation faite par un tel esclave est valable (4), et que le bénéfice doit en être acquis à la corporation propriétaire de l'esclave. On a déduit de là un moyen, digne de remarque, de faire faire une stipulation au profit d'un pupille qui est *infans*, hors d'état par conséquent de prononcer

(1) Dig. 35. 1. *De condit. et demonst.* 44. pr. f. Paul. — (2) Dig. 45. 3. *h. tit.* 17. f. Pomp. — (3) Voir, sur ce genre de stipulation, Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 38. § 6. f. Ulp., et 130. f. Paul. — (4) Dig. 45. 3. *h. tit.* 3. f. Ulp.

les paroles de l'interrogation, et qui de plus n'a pas d'esclave en sa propriété. La stipulation sera faite par un esclave public qui stipulera nominativement pour le pupille; et comme ce dernier, en qualité de membre de la cité, est pour sa part dans la propriété commune de cet esclave, la stipulation lui sera acquise. C'est ce que nous avons déjà vu pour le cas d'adrogation d'un impubère (tom. II, n° 140), et pour la satisdation à donner par les tuteurs (t. II, n° 275). Nous savons qu'on avait même fini par étendre ce procédé, et par faire remplir ces fonctions par des personnes libres. Toutefois il y avait, au fond, non-seulement dans ce dernier cas, mais même dans le premier, une dérogation aux principes : en effet, les membres de la corporation n'auraient pas pu, chacun en particulier, stipuler par le moyen de l'esclave public; si on l'avait admis pour l'*infans*, ce n'avait été qu'à cause de l'impossibilité de faire autrement; aussi n'était-ce qu'une action *utile* qui naissait de ces sortes de stipulations.

1297. 7° *L'esclave n'a pas de maître*. Ce cas se présente lorsque le maître de l'esclave l'a abandonné (*pro derelicto habuit*), n'en voulant plus (*omnimodo a se rejecit*), et tant que personne n'a appréhendé cette propriété délaissée. Les stipulations faites par l'esclave en cet état sont nulles, puisque, n'ayant pas de maître, il ne peut tirer capacité de personne (1). On peut supposer que, dans ce cas, les jurisconsultes romains auraient considéré le contrat comme donnant lieu à une créance naturelle au profit de l'esclave.

### *Des stipulations des fils ou des filles de famille.*

1298. Le fils de famille, quoique soumis à la puissance du père, est libre et citoyen; si on le dit *alieni juris*, c'est-à-dire portant en soi le droit d'un autre, instrument pour le droit d'un autre, ce n'est qu'à cause de cette puissance et dans l'ordre de tout ce qui y est attaché; s'il s'absorbe dans la personne du père, ce n'est qu'en ce qui concerne le lien et le patrimoine de famille : hors de là, pour tout ce que la puissance paternelle ne saurait atteindre, il a en soi la capacité de droit, comme tout autre citoyen. L'introduction des pécules est même venue lui donner, dans la sphère des intérêts pécuniaires, une personne à lui, susceptible d'avoir ou de devoir des droits, qui fonctionne par rapport à la masse de biens soustraite à la puissance paternelle, comme celle d'un chef : « *Vice patrum familiarum funguntur* » (t. II, n°s 611 et suiv.).

Il suit de là, quant au sujet dont nous avons à traiter ici, c'est-à-dire en fait d'obligations, que partout où ne s'étend pas la puissance paternelle, le fils porte en lui-même la qualité voulue

(1) Dig. 45. 3. *h. tit.* 36. f. Javol.

pour être, même suivant le droit civil, créancier ou débiteur. C'est là une différence bien tranchée qui sépare sa position de celle des esclaves.

1299. La conséquence la plus saillante à déduire de cette différence de situation, c'est que, tout en appliquant au fils de famille, en tant que soumis au pouvoir paternel, ce que nous avons dit de l'esclave touchant les créances qui sont acquises au chef (ci-dess., nº 1282), ce que nous en avons dit touchant les obligations qui peuvent être imposées à ce chef, soit par le droit prétorien dans des circonstances et dans des limites déterminées, soit par le droit civil en cas de délits, jusqu'à concurrence de l'abandon noxal (ci-dess., nº 1283), droit modifié lui-même, dans la suite des temps, par la désuétude, à l'égard des fils et des filles de famille (ci-dessous, liv 4, tit. 8, § 7); enfin ce que nous avons dit touchant l'impossibilité qu'il existe entre le chef et la personne soumise à sa puissance des relations civiles de créancier ou de débiteur l'un envers l'autre (ci-dess., nº 1287). Toujours est-il qu'individuellement et pour son propre compte :

1º Le fils de famille acquiert lui-même, non pas seulement comme créances naturelles, mais bien comme créances civiles, celles qui sont de nature à ne pouvoir être acquises au père. Nous en avons un exemple notable dans l'adstipulation, sorte de stipulation accessoire dont le droit reste exclusivement limité à la personne de l'adstipulateur, et ne peut être acquis ni transmis par lui à aucun autre, pas même à ses héritiers (ci-dessous, nº 1381). Cette adstipulation peut être faite valablement par un fils de famille, lequel, ne pouvant en transmettre le bénéfice à son père, en soutient la validité par sa propre personne, sans pouvoir néanmoins exercer l'action tant qu'il reste fils de famille, tandis qu'elle ne peut jamais être faite valablement par un esclave (1).

2º Le fils de famille est obligé civilement, non pas, comme l'esclave, seulement par ses délits, mais aussi par ses contrats et en général par toutes les causes d'obligation : « Filius familias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur. » — « Pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet (2). » L'obligation ne pouvant naître en la personne du père, parce que le fils n'a pas mission de le représenter pour l'obliger, s'arrête en celle du fils.

1300. Gaius, que nous venons de citer, après avoir dit : « Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur », ajoute : « Et ob id agi cum eo, tanquam cum patre familias potest. » Nous lisons la même proposition dans Ulpien : « Tam ex

(1) Gai. 3. § 114. — Nous avons déjà dit en général ce que c'est que l'adstipulation (ci-dess. nº 1266), et nous aurons bientôt à l'expliquer en détail (ci-dessous, nºs 1376 et suiv.) — (2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 39. f. Gai. — 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. fr. Gai. et ci-dessous, tit. 19. § 6.

contractibus quam ex delictis, in filium familias competit actio (1). » Ainsi le fils peut être actionné, condamné et contraint à l'exécution pour ses obligations. Il n'est pas nécessaire d'attendre pour cela qu'il soit devenu chef par la mort du père : c'est du vivant du père, pendant que le fils obligé est encore soumis à la puissance, que les poursuites contre lui peuvent avoir lieu. Ainsi, même à l'égard des obligations résultant de délits, il y a entre l'esclave et le fils de famille, tous deux obligés civilement par leurs délits, cette différence, que l'action ne peut être dirigée personnellement contre l'esclave, si ce n'est après affranchissement (ci-dess., n° 1283) ; tandis qu'elle peut l'être immédiatement contre le fils (ci-dessous, liv. 4, tit. 8, § 7). Il n'est pas nécessaire non plus de supposer que le fils de famille ait des pécules à lui ; sans doute, s'il en a, le payement du créancier en sera plus assuré ; mais n'eût-il rien, les voies d'exécution contre sa personne restent ; et de même que le père de famille, s'il ne voulait payer la dette née d'un délit commis par son fils, devait, dans l'ancien droit, se résigner à faire l'abandon noxal de son fils : de même, s'il ne voulait bénévolement, quoique n'y étant pas obligé en personne, payer les dettes contractées par son fils, il devait se résigner à voir exercer contre ce fils la *manus injectio*, avec toutes ses conséquences, qui pouvaient aller jusqu'à faire vendre ce fils comme esclave à l'étranger, *trans Tiberim* (tom. I, *Hist.*, n° 118). Tout ceci, avec les adoucissements apportés par la suite du temps aux exécutions contre la personne (en termes modernes, *contrainte par corps*), apparaît formellement encore à l'époque de Justinien, dans la constitution de ce prince, qui permet au fils de famille d'échapper aux rigueurs de cette contrainte en faisant, même quand il n'a rien à soi, aucun pécule pour le présent, une cession de biens qui pourra profiter dans l'avenir aux créanciers, s'il lui survient quelques acquisitions par la suite (2).

1301. Nous savons comment le sénatus-consulte Macédonien est venu, quant aux prêts (*mutua*) qui leur auraient été faits, restreindre ce droit d'agir contre les fils de famille (ci-dessus, n° 1211, et ci-après, liv. 4, tit. 7, § 7).

1302. Ce que nous venons de dire du fils s'applique également à la fille de famille. Cujas (*Observ.* 7. 11) a pu, avec quelque fondement, soulever des doutes sur ce point, et même ouvrir un sentiment contraire, pour les temps où avait lieu encore la tutelle perpétuelle des femmes, parce que les femmes *sui juris* ne pouvant à cette époque s'obliger sans l'*auctoritas tutoris*, et les filles de famille n'ayant pas de tuteur, par conséquent pas d'*auctoritas*

(1) Dig. 5. 1. *De judic.* 57. f. Ulp. — (2) Cod. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt.* 7. const. Justinian. : « Et si nihil in suo censu hi qui in potestate parentum sunt habeant, tamen, ne patiantur injuriam, debet bonorum cessio admitti. »

possible, il y avait quelque logique à en conclure que ces dernières étaient incapables de s'obliger. Mais la tutelle perpétuelle des femmes *sui juris* étant fondée, à vrai dire, moins sur une incapacité de nature comme celle des impubères, que sur la constitution de la famille et sur les habitudes romaines, rien n'exigeait impérieusement, à l'égard des filles de famille, la conclusion dont nous venons de parler; d'ailleurs, en fait, par la seule influence des mœurs, dans les temps anciens il y aurait eu à cela peu d'utilité pratique. Les textes, en petit nombre, qui nous sont restés sur ce point nous montrent, en effet, les filles de famille pubères comme pouvant s'obliger de même que les fils, et l'exception du sénatus-consulte Macédonien comme applicable à leurs emprunts de même qu'à ceux du fils (1). Pour soutenir la thèse contraire, il faudrait supposer que ces textes ont été altérés dans les collections de Justinien. Il est vrai qu'à l'époque de ce sénatus-consulte et de ces jurisconsultes la tutelle des femmes était déjà bien en décadence et les mœurs là-dessus bien changées (tom. II, nos 261 et 262). Quand cette tutelle a disparu, aucun doute n'est plus permis. Justinien admet les filles comme les fils de famille à la cession des biens, dans le but d'échapper aux rigueurs de la poursuite des créanciers (2).

1303. Appliquant ces règles générales aux contrats *verbis* faits par les fils ou filles de famille, il sera facile d'en déduire le résultat de leurs stipulations ou de leurs promesses; il faut, de plus, pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas acquis au père par suite de ces stipulations, y faire intervenir les règles touchant les différents pécules (tom. II, nos 610 et suiv.). Cette matière reviendra, du reste, bientôt, dans un titre spécial (ci-dessous, tit. 28).

| TITULUS XVIII. | TITRE XVIII. |
|---|---|
| DE DIVISIONE STIPULATIONUM. | DE LA DIVISION DES STIPULATIONS. |

1304. Le contrat formé par paroles (*verbis*) est, en règle générale, comme tous les autres contrats, le résultat de la volonté, de la convention spontanée des parties. Cependant il y avait chez les Romains des cas nombreux dans lesquels ce contrat était

(1) DIG. 45. 1. *De verb. obl.* 141. § 2. f. Gai. : Pupillus, licet ex quo fari cœperit, recte stipulari potest; tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur : pubes vero qui in potestate est, proinde ac si pater familias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filia familias *impubere* dicendum est. » — DIG. 14. 6. *De S. C. Macedoniano*. 9. § 2. f. Ulp. : « Hoc. S. C., ad filias quoque familiarum pertinet... Multo igitur magis severitate S. C., ejus contractus improbabitur qui filiæ familias mutuum dedit. » — Ci-dessous, liv. 4. tit. 7. § 7. — M. de Savigny a fait de cette question le sujet d'une dissertation spéciale (*Traité de droit romain*, tom. 2. appendice 5). — (2) COD. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt*, 7. const. Justinian. « Quare filiis familias utriusque sexus hoc jus denegamus? »

prescrit par l'autorité, où il était enjoint à l'une des parties de se lier par promesse verbale en réponse à la stipulation de l'autre.

1305. Dès le système des actions de la loi, dans la première de ces actions, dans le *sacramentum* (tom. I, *Génér.*, n° 258), nous voyons la trace de pareilles obligations verbales imposées par le rite de cette action : soit dans les formules par lesquelles les parties se provoquent et font leur gageure sacramentelle, soit dans les garants (*prædes*) qu'elles doivent donner au préteur et qui s'engagent à répondre pour elles du payement du *sacramentum* (1) ; soit enfin, et mieux encore, lorsqu'il s'agit de vendication, dans les garants que celle des deux parties qui a obtenu la possession provisoire de l'objet en litige doit, sur l'ordre du préteur, donner à l'autre partie, pour lui répondre de la restitution de la chose et des fruits s'il y a lieu (*prædes litis et vindiciarum*) (2).

1306. Sous la procédure formulaire, nous retrouvons la même nécessité dans plusieurs cas qui ne sont souvent qu'une modification, qu'une transformation adoucie des institutions qui précèdent. Telles sont les *sponsio et restipulatio*, ou provocations réciproques entre les parties au payement d'une somme, à la charge de celle qui sera reconnue avoir tort : ainsi que Gaius nous l'indique pour l'action personnelle *certæ creditæ pecuniæ*, et pour certains interdits (3). Telle est aussi, dans les vendications, la *sponsio*, faite par le demandeur, tant pour provoquer au payement d'une somme que pour se faire garantir la restitution de la chose et des fruits (*stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*) (4). Telle est, dans la vendication encore plus simplifiée (*formula petitoria*), la stipulation que le défendeur satisfera au jugement (*stipulatio judicatum solvi*) (5). Enfin tels sont le *vadimonium*, ou stipulation que l'adversaire se présentera *in jus* au jour indiqué (6), et quelques autres promesses ou garanties de procédure.

1307. A l'époque où les *judicia extraordinaria* ont complétement remplacé les deux systèmes précédents, la marche de la procédure nous offre encore cette nécessité de certaines promesses sur stipulation, imposées à l'une ou à l'autre des parties (7). De sorte qu'en définitive, sous les trois systèmes qui se succèdent, ce genre de stipulations nous apparaît comme conséquence des formalités rituelles de la procédure.

1308. En outre, plusieurs autres circonstances, même en

---

(1) GAI. Comm. 4. § 13. — (2) *Ib.* § 16. — (3) GAI. Comm. 4. §§ 13. 164. 166 et 167. — (4) *Ib.* §§ 91 et 93. — (5) *Ib.* § 91. — (6) Notamment quand l'affaire n'ayant pu être terminée au premier jour, il en a été indiqué un nouveau. GAI. Comm. 4. § 184 et suiv. — (7) Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 11. *De satisdationibus*.

dehors du cours et de la forme d'un procès, avaient paru exiger l'emploi de pareilles stipulations imposées par autorité. Le caractère général de ces circonstances, c'est qu'il s'y agit de faire donner sûreté pour l'avenir à une personne, contre des risques auxquels elle se trouve exposée, sans sa faute, de la part d'une autre (1).

1309. Ces stipulations par ordre de l'autorité sont de deux sortes : tantôt elles exigent une simple promesse (*nuda repromissio*) de la part de celui qui y est soumis, tantôt l'intervention même de fidéjusseurs qui répondent et s'obligent aussi pour lui (*satisdatio*). Cette dernière sorte est la plus fréquente ; celles pour lesquelles une simple promesse suffit sont en petit nombre (2), et les jurisconsultes ont soin de les énumérer (3).

1310. Peut-être s'étonnera-t-on de cette manière de procéder au lieu d'enjoindre à telle partie de se lier par telle promesse en réponse à telle stipulation de l'autre, pourquoi le magistrat, pourquoi le juge n'opère-t-il pas plus simplement, et ne prononce-t-il pas lui-même et directement que tel cas échéant, telle partie sera obligée en telle chose ? Cela tient, en premier lieu, au caractère particulier du droit romain sur la formation des obligations et sur les actions. Il s'agit d'une obligation nouvelle à créer, d'une action à faire naître, pour tel cas à venir : le magistrat, le juge ne peut pas faire cette création ; il faut recourir au mode régulier dont les obligations se contractent entre parties : et la *sponsio*, stipulation éminemment civile, ou la stipulation en général, est la forme qui se présente ici pour arriver au but (4). — En second lieu, lorsqu'il ne s'agit pas seulement d'obliger la partie, mais encore de lui faire donner des fidéjusseurs qui s'obligent pour elle, ce qui constitue les cas les plus fréquents, l'impuissance du magistrat ou du juge à lier eux-mêmes des tiers est de toute évidence sous quelque régime qu'on se place.

1311. Nous voyons par les fragments de la loi connue sous la qualification de *lex Galliæ Cisalpinæ* (tom. I, *Hist.*, n° 305, avec la note), que les formules de ces sortes de stipulations se trouvaient insérées dans l'édit (*in albo propositæ*) ; et il n'était pas permis aux parties d'y rien changer (5).

---

(1) Dig. 46. 5. *De stipulationibus prætoriis*. 4. f. Paul. « Prætoriæ stipulationes sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit. » — Ib. 1. § 4. f. Ulp. « Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse : hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior, interposita stipulatione. » — (2) Dig. 46. 5. *De stipul. præt.* 1. § 5. f. Ulp. « Stipulationum istarum prætoriarum, quædam sunt quæ satisdationem exigunt, quædam nudam repromissionem : sed perpaucæ sunt quæ nudam repromissionem habeant. » — (3) Ib. §§ 6 et suiv. — (4) Cette nécessité est plus évidente encore à l'égard du juge, à l'époque où les condamnations ne peuvent être que pécuniaires. — (5) Lex Galliæ Cisalp. 20 : « Q. Lucinius damni infecti, eo nomine, qua de re

Un caractère particulier à noter, c'est que ces stipulations ou ces promesses purent se faire par représentant (soit *cognitor*, soit *procurator*), et que l'action en résultant se donna, au moins comme action utile, pour ou contre celui qui avait été représenté (1). Ce fut là une dérogation manifeste à la règle du droit strict que nul ne peut stipuler ni promettre pour autrui. Mais elle dut arriver comme conséquence nécessaire, du moment qu'on eut admis la possibilité de plaider par représentant, et il faut appliquer ici, sans nul doute, les diverses distinctions et les modifications progressives du droit sur ce genre de représentation soit par *cognitor*, soit par *procurator*, et sur ses effets.

1312. La jurisprudence avait introduit dans ces sortes de stipulations certaines classifications méthodiques, variables au gré de la méthode. Ainsi, Ulpien nous en présente une tirée du but auquel ces stipulations doivent pourvoir (2), et Pomponius une autre, dans laquelle les mêmes dénominations sont employées dans un sens différent, et qui est tirée de l'autorité d'où dérive la stipulation (3). C'est cette dernière qu'adopte avec raison notre texte.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales.

Les stipulations sont ou judiciaires, ou prétoriennes, ou conventionnelles, ou communes, c'est-à-dire tant prétoriennes que judiciaires.

1. Judiciales sunt dumtaxat quæ a mero judicis officio proficiscuntur, veluti *de dolo cautio*, vel *de persequendo servo* qui in fuga est, *restituendove pretio*.

1. Les stipulations judiciaires sont celles qui dérivent exclusivement de l'office du juge : telles sont *la garantie du dol*, la promesse de *poursuivre un esclave* en fuite ou d'en *restituer le prix*.

1313. La différence entre le magistrat et le juge nous est bien connue (tom. I, *Génér.*, nos 247 et suiv.). Il s'agit ici du cas où

---

agitur, eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet, L. Seio repromisisset..., etc. » C'est la simple *repromissio*. Et plus loin : « ... Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, ea stipulatione, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet. L. Seio satisdedisset..., etc. » C'est la *satisdatio* (voir l'édition des textes antéjustiniens, de M. Blondeau, pp. 77 et 78). — Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 52. pr. f. Ulp. « Prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere neque detrahere. » — (1) Dig. 46. 5. *De stipul. prætor.* 3. f. Ulp. : « Generaliter in omnibus prætoriis stipulationibus, et procuratoribus satisdatur. » — 5. f. Paul. : « In omnibus prætoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. » — (2) Dig. 46. 5. *De stipul. prætor.* 1. f. Ulp. « Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : judiciales, cautionales, communes. § 1. *Judiciales* eas dicimus quæ propter judicium interponuntur; ut ratum fiat, ut judicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. § 2. *Cautionales* sunt autem quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. § 3. *Communes* sunt stipulationes quæ fiunt judicio sistendi causa. » — (3) Dig. 45. 1. *De verborum obligationibus*, 5. princ. f. Pompon.

les parties sont en instance (*in judicio*), et des stipulations qui ne peuvent être prescrites que dans cette situation, et par l'office du juge (*a mero judicis officio*).

1314. *De dolo cautio*. Je revendique un esclave qui m'appartient. Le détenteur me le restitue ; en conséquence, selon le droit, il devra être absous par le juge et il se trouvera complétement libéré à cet égard. Cependant il peut se faire qu'avant de me le restituer, et par esprit de ressentiment, de vengeance, ou par toute autre intention malveillante ou frauduleuse, il ait administré à l'esclave quelque substance capable de le rendre malade, impotent, ou même d'occasionner sa mort. L'absolution sans sûreté à cet égard serait inique. Il sera donc contraint, par l'office du juge, de me garantir, en me livrant l'esclave, qu'il n'a commis aucun dol. Tel est, à peu près, l'exemple que donne Théophile dans sa paraphrase (1). La même obligation est imposée à celui qui restitue une chose qu'il a obtenue par violence (2). En somme, cette garantie contre le dol (*de dolo cautio*) consiste, pour le possesseur, à répondre de tout dol par lequel il aurait pu endommager la chose restituée (*ne forte deterior res sit facta*). Elle se donne par simple promesse sur stipulation (*nuda repromissio*).

1315. *De persequendo servo restituendove pretio*. Je revendique mon esclave contre un possesseur de bonne foi qui est en voie de l'acquérir par usucapion. Pendant que nous sommes en instance devant le juge (*in judicio*), le temps de l'usucapion s'accomplit et le possesseur devient propriétaire : car nous savons que la vendication ne suspend pas l'usucapion (tom. II, n° 516). Toutefois cette rigueur du strict droit civil n'empêche pas l'instance de suivre son cours, et la preuve de mes droits une fois établie, si le possesseur, devenu propriétaire par usucapion, ne me rétablit pas volontairement dans ma propriété, il devra être condamné par le juge (voir ci-dessous, liv. 4, tit. 17, § 3). Mais on suppose que, sans sa faute et pendant les débats, l'esclave a pris la fuite ou a disparu. Dans cet état, le condamner serait injuste ; l'absoudre ne le serait pas moins, puisqu'il se trouverait dès lors entièrement libéré envers moi à cet égard. Le juge lui enjoindra donc de s'engager, par promesse faite sur ma stipulation, à poursuivre l'esclave et à me le restituer lorsqu'il l'aura retrouvé ; en effet, l'usucapion l'ayant rendu propriétaire, lui seul a maintenant le droit de poursuivre l'esclave et d'intenter les diverses actions pour le recouvrer. Et pour que cette promesse de poursuite soit mieux assurée, il s'engage en même temps, en cas de faute ou de contravention de sa part, à me restituer le prix de l'esclave (*de*

---

(1) Théophile. *hic.* — Voir aussi Dig. 6. 1. *De rei vindicatione*, 20. f. Gai. et 15 f. Ulp. — Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 7. § 3. f. Ulp. — (2) Dig. 4. 2. *Quod metus causa*, 9. §§ 5 et 7. f. Ulp.

*persequendo servo, restituendove pretio*). Notez que la stipulation a deux objets : l'obligation de poursuivre l'esclave et de me le rendre ; celle de m'en restituer le prix en cas de contravention, clause pénale pécuniaire, qui garantit la première. Tel est l'exemple que donne Théophile. Il faut toutefois ajouter, avec Paul, qu'il suffit au possesseur de bonne foi de céder ses actions (1). De même, une chose m'a été léguée (*per damnationem*) ; mais il est douteux qu'elle existe encore : par exemple, c'est un esclave qui, sans la faute de l'héritier, a disparu, et il est incertain s'il vit ou non. Je pourrai néanmoins agir par l'action *ex testamento*. Condamner ou absoudre l'héritier serait également injuste ; le juge lui enjoindra de s'engager envers moi à poursuivre la chose, et à me la restituer s'il la recouvre (2). Sous Justinien, la propriété étant transférée par le legs, cet exemple ne serait plus applicable.

1316. Au reste, les stipulations judiciaires ne sont pas limitées à celles que cite notre texte. Ce ne sont là que des exemples, et l'on peut en voir plusieurs autres dans diverses matières (3).

1317. Le moyen qu'a le juge pour contraindre à faire les promesses sur stipulation qu'il impose est tiré de la nature de ses pouvoirs. Ainsi, dans les exemples que nous avons cités, si le défendeur contracte, par sa promesse, l'obligation prescrite, le juge l'absout ; sinon il le condamne (4).

II. Prætoriæ sunt quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, veluti *damni infecti*, vel *legatorum*. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ ; nam et hæ a jurisdictione veniunt.

2. Les stipulations prétoriennes sont celles qui rentrent exclusivement dans l'office du préteur ; telles sont celles relatives *au dommage imminent* ou *aux legs*. La qualification de stipulations prétoriennes doit être entendue comme comprenant aussi les stipulations édilitiennes, car elles dérivent également de la juridiction.

1318. Ici les parties sont *in jure*, devant le magistrat chargé de la juridiction. Il s'agit soit de faire organiser une instance (*judicium*), soit de faire statuer sur quelque intérêt par le magistrat lui-même et sans instance (*extra ordinem*). Aussi Ulpien comprend-il les stipulations prétoriennes dans la dénomination d'*actions* (Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 37, pr.).

1319. *Damni infecti*. Cette matière tenait une place importante dans la jurisprudence romaine. L'édit du préteur, dont un frag-

(1) Paraphrase de Théophile, *hic*. — Dig. 46. 5. *De stip. præt.* 11. f. Venulej. — *Ib.* 6. 1. *De rei vind.* f. Paul. — (2) Dig. 30. (*De legatis I*) 69. § 5. f. Gai. — 47. § 2. f. Ulp. — Cet exemple de Gaius se référait sans doute à un legs *per damnationem*. — (3) Dig. 8. 5. *Si servitus vindicetur*. 7. f. Paul. — 12. f. Javolen. — Dig. 10. 2. *Familiæ erciscundæ*, 16. pr. f. Ulp. — 25. § 10. f. Paul. — (4) Dig. 8. 5. *Si servit. vindic.* 7. f. Paul.

ment d'Ulpien nous a conservé le texte, la réglait (1); les divers jurisconsultes la commentaient avec développement. C'est un des points traités dans les fragments qui nous sont parvenus de la loi pour la Gaule cisalpine (2). Enfin nous trouvons, au Digeste de Justinien, un titre spécial qui y est consacré (3). — « *Damnum infectum*, nous dit Gaius, *est damnum nondum factum, quod futurum veremur* (4). » C'est un dommage qui n'est pas encore fait, mais que nous avons sujet de craindre pour l'avenir. L'édifice de mon voisin est en danger de ruine, et menace, en s'écroulant, de me causer du dommage. Si je reste inactif et que la chute de l'édifice survienne, le voisin aura la faculté, selon les principes du droit civil, de se soustraire à toute responsabilité en abandonnant les décombres (*si modo omnia quæ jaceant, pro derelicto habeat*), et le préjudice qui m'aura été fait restera ainsi sans réparation (5). Pour prévenir ce résultat, j'ai le droit, en vertu de l'édit du préteur, et avant la chute de l'édifice, d'exiger que le voisin s'oblige à l'avance et me donne garantie de m'indemniser, le cas échéant, du dommage dont je suis menacé. C'est là ce qu'on nomme *cautio damni infecti*. Cette garantie se donne tantôt par simple promesse, tantôt par satisdation, selon les cas : « Ex causa damni infecti, interdum repromittitur, interdum satisdatur (6). » Elle est dans la juridiction exclusive du préteur, qui peut cependant, lorsqu'il y a urgence, déléguer aux magistrats municipaux une partie de ses attributions sur ce point (7) : elle appartient donc à la classe des stipulations prétoriennes. Si, dans le délai fixé par le préteur, la sûreté prescrite n'est pas fournie, celui qui la réclame sera envoyé en possession de l'édifice qui le menace : « Si intra diem a prætore constitutum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est (8) ; » et s'il y a persistance dans le refus de lui donner sûreté, après un certain intervalle et sur l'examen de la cause, il obtiendra du préteur l'ordre de posséder : « Si forte duretur non caveri : ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet,... prætorem vel præsidem permissuros (9). » Il faut bien distinguer l'envoi en possession (*in possessionem mittere; — in possessionem ejus rei ire jubebo :* termes de l'édit) de l'ordre de posséder (*etiam possidere jubebo; — in possessione esse jubebo :* termes de l'édit) (10). La première mesure n'est qu'une voie de contrainte de fait : celui à qui elle est accordée peut s'installer dans le bâtiment, mais sans expulser le propriétaire et sans que

(1) DIG. 39. 2. *De damno infecto*. 7. pr. f. Ulp. — (2) LEX GALLIÆ CISALPINÆ. 20. Voir les textes antéjustiniens, édition de M. BLONDEAU, p. 77. — (3) DIG. 39. 2. *De damno infecto, et de suggrundis et protectionibus*. — (4) *Ib.* 2. f. Gai. — (5) DIG. 39. 2. *De damno infecto*, 6. f. Gai. — 7. § 1. f. Ulp. — 44. pr. f. Afric. — (6) DIG. 46. 5. *De stipul. prætor*. 1. § 7. f. Ulp. — (7) DIG. 39. 2. *De damno infecto*. 1 et 4. § 3. f. Ulp. — (8) *Ib.* 4. § 1. f. Ulp., et 23. f. Ulp. — (9) DIG. 39. 2. *De damno infecto*. 4. § 4, et 15. § 21. f. Ulp. — (10) *Ib.* 7. pr. f. Ulp.

ce dernier cesse d'être possesseur (1). La seconde mesure donne le droit même de possession, avec ses effets légaux : le propriétaire peut être expulsé (2) ; et la propriété sera acquise par usucapion, après le temps voulu (3).

1320. *Vel legatorum*. Nous avons déjà parlé (t. II, n° 990) de cette stipulation prétorienne, qui doit avoir lieu par satisdation. A défaut, le légataire est envoyé en possession des choses héréditaires; envoi qui, comme dans le cas précédent, lui donne non pas le droit de possession à titre de propriétaire, mais plutôt la garde des choses : « Missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit : nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur (4). »

1321. On voit par ces exemples qu'à l'égard des stipulations prétoriennes, les moyens de sanction, pour contraindre à y consentir ceux qui doivent s'engager, sont des moyens prétoriens, tirés de la nature des pouvoirs du préteur, c'est-à-dire de sa *jurisdictio* ou de son *imperium*. Généralement, l'envoi en possession, la saisie de gages (5), ou bien encore, selon le cas, le refus ou la délivrance d'action.

1322. *Ædilitiæ*. Telle est la stipulation sur laquelle le vendeur est obligé de garantir à l'acheteur que l'objet vendu est exempt de maladie ou de vice rédhibitoire, ainsi que nous le trouvons ordonné dans l'édit édilitien (6). Cette garantie se donne par *nuda repromissio* (7), et le moyen d'y contraindre est, à défaut de promesse, la concession d'une action rédhibitoire (8).

**III.** Conventionales sunt quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt quot, pene dixerim, rerum contrahendarum.

**3.** Les stipulations conventionnelles sont celles qui prennent leur origine dans le seul accord des parties, c'est-à-dire sans ordre ni du juge ni du préteur, mais par suite de la libre convention des contractants. Il y en a autant d'espèces, pour ainsi dire, qu'il y a d'obligations à contracter.

**IV.** Communes stipulationes sunt, veluti *rem salvam fore pupillo;* nam et prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest; *vel de rato* stipulatio.

**4.** Les stipulations communes sont : par exemple, celle *que les intérêts du pupille seront saufs*, car elle est ordonnée par le préteur, et quelquefois aussi par le juge, s'il n'est pas possible de faire autrement; ou bien encore la stipulation, *que le promettant fera ratifier*.

1323. *Rem salvam fore pupillo*. Nous avons déjà traité longuement de cette garantie, qui est due par les tuteurs et par les curateurs, et qui doit se donner par satisdation (t. II, n° 275 et suiv.)

(1) *Ib.* 15. § 20. f. Ulp. — (2) *Ib.* § 23. — (3) *Ib.* 5 et 18. § 15. f. Paul. — (4) Dig. 36. 4. *Ut in possess. legat. vel fidei. servand. causa esse liceat.* 5. pr. f. Ulp. — (5) Voir ci-dessus, liv. 1. tit. 24. § 3. t. II, p. 202. — (6) Dig. 21. 1. *Ædilitio edicto.* 1. §. 1. f. Ulp. — (7) Dig. *Ib.* 19. § 2. f. Ulp. 20. f. Gai. etc., etc. — (8) *Ib.* 28. f. Gai.

Régulièrement, le soin de l'ordonner entre dans les attributions du préteur (tom. II, n° 279). Cependant, il peut se faire qu'elle soit prescrite dans une instance (*in judicio*) par le juge d'un procès : si, par exemple, dit Théophile dans sa paraphrase, le tuteur, avant d'avoir donné satisdation, attaque un débiteur du pupille, et que, l'instance étant organisée et les parties devant le juge, le débiteur attaqué oppose le défaut de satisdation Le procès se trouve ainsi arrêté; et c'est alors le juge, puisqu'on ne peut faire autrement (*si aliter hæc res expediri non potest*), qui fait donner la satisdation. Nous voyons, en effet, par une constitution de Dioclétien, que la sentence qui serait prononcée contre le tuteur plaidant pour son pupille, avant la satisdation, ne produirait aucun effet (1). Et nous savons, d'ailleurs, que celui qui traite avec le tuteur est intéressé à avoir pleine sécurité contre les recours éventuels du pupille et contre l'insolvabilité du tuteur (tom. II, n° 606).

*Vel de rato.* L'explication reviendra ci-dessous, liv. 4, tit. 11, *De satisdationibus*.

## TITULUS XIX. — TITRE XIX.

### DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS. — DES STIPULATIONS INUTILES (2).

1324. On dit que la stipulation est inutile (*inutilis, nullius momenti*), lorsque, d'après les règles mêmes du droit civil, elle est nulle, ne produisant pas de lien. En conséquence, le préteur, si cette nullité lui est apparente et démontrée, ne doit pas même organiser une instance et donner un juge aux parties : il doit refuser l'action. « Veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque prætoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari (3). » Exposer les cas dans lesquels les stipulations sont inutiles, c'est exposer les conditions nécessaires à leur validité; c'est développer avec plus de détails, sous cet aspect particulier, la matière des obligations verbales déjà traitée généralement dans un titre qui précède (tit. 15, n°s 1235 et suiv.). Aussi toute cette matière ne fait-elle au Digeste que l'objet d'un seul titre : *De verborum obligationibus* (4).

1325. Le sujet traité ici aurait dû être généralisé. Les conditions nécessaires à la validité des contrats devraient être examinées, non-seulement pour la stipulation, mais pour tous les contrats en commun. Mais la stipulation étant, chez les Romains, la forme la plus étendue, la forme par excellence pour s'obliger, c'est à

---

(1) Cod. 5. 42. *De tutor. vel curat. qui satis non dedit.* 3 const. Dioclet. et Maximian. — (2) Dig. 45. 1. *De verborum obligationibus*. — Cod. 8. 39. *De inutilibus stipulationibus*. — (3) Dig. 45. 1. *De verbor. oblig.* 27. f. Pomp. — « Obligationes quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur. » (Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 27. f. Papin.) — (4) Dig. 45. 1.

elle que les jurisconsultes reportent presque toujours l'exposition des théories générales. Nous trouverons donc ici des règles communes de validité, applicables à tous les contrats; mais aussi des règles particulières, propres à la seule stipulation, dérivant de la rigueur de ce principe : qu'il ne s'agit pas seulement, en ce contrat, de l'intention, du consentement des parties, qu'il s'y agit aussi des paroles mêmes qui ont été prononcées.

1326. La matière était assez étendue pour avoir besoin d'un ordre d'exposition méthodique et régulier. 1° *Sujet de la stipulation*, c'est-à-dire personnes qui peuvent soit stipuler, soit promettre, ou qui ne le peuvent pas; 2° *objet de la stipulation*, c'est-à-dire choses qui peuvent être stipulées et promises, ou qui ne le peuvent pas; 3° *modalités de la stipulation*, c'est-à-dire conditions, termes et autres modifications qui peuvent ou qui ne peuvent pas y être apposés; 4° enfin, *formes de la stipulation* et manière d'en constater l'existence : tel serait l'ordre dans lequel devraient être rangées, selon nous, les diverses dispositions de notre titre. Mais cet ordre est bien loin d'être suivi par les Instituts de Justinien; les paragraphes, passant et revenant tour à tour d'une idée à l'autre, y sont dans une véritable confusion. Cependant, forcé de respecter le monument que nous traduisons, nous devons donner le texte tel qu'il est, sauf à rétablir dans notre résumé l'ordre méthodique que réclame la raison.

**Omnis res quæ dominio nostro subjicitur in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis, sive soli sit.**

**Toute chose soumise à notre domaine, mobilière ou immobilière, peut être l'objet d'une stipulation.**

1327. Pour la notion générale de ce qui peut être l'objet de stipulation : choses corporelles, choses incorporelles, faits (*facta*), c'est-à-dire actes à faire ou à ne pas faire, se reporter à ce que nous en avons déjà dit ci-dessus, n° 1257.

**1. At si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti : Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio (1).**

**1. Mais si quelqu'un stipule la dation d'une chose qui n'existe pas ou qui ne peut exister, par exemple, de Stichus qui est mort et qu'il croyait vivant, ou d'un hippocentaure, dont l'existence est impossible, la stipulation est inutile.**

1328. Il y a nullité radicale et dès l'origine : ni la chose, ni son estimation, ni même la somme promise comme clause pénale en cas d'inexécution, ne sont dues (2).

Mais rien n'empêche de stipuler une chose future, si son existence est possible : par exemple, des fruits à venir, un esclave à naître (3).

---

(1) Gai. Comm. 3. § 97. — Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 1. § 9. f. Gai. — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 69. f. Ulp.; 103. f. Modest. — (3) *Ib.* 73. pr. f. Paul.; 75. § 4. f. Ulp.

2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam *quam humani juris esse credebat*, vel *publicam* quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem *quem servum esse credebat*, vel *cujus commercium non habuerit*, vel *rem suam* dari quis stipuletur. Nec in pendente erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest; sed *protinus inutilis est*. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est, *sine facto promissoris* devenerit, *extinguitur stipulatio*. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, LUCIUM TITIUM CUM SERVUS ERIT DARE SPONDES? et similia; quia *quæ, natura sui, dominio nostro exempta sunt*, in obligationem deduci nullo modo possunt.

2. Il en est de même si quelqu'un stipule la dation d'une chose sacrée ou religieuse *qu'il croyait profane*, ou d'une chose *publique* destinée à l'usage perpétuel du peuple, comme un forum, un théâtre, ou d'un homme libre *qu'il croyait esclave*, ou d'une chose *dont il n'a pas le commerce*, ou de *sa propre chose*. Et de ce qu'il peut arriver que la chose publique devienne privée, l'esclave homme libre, que le stipulant acquière le commerce, ou que la chose cesse d'être sienne, il n'en résulte pas que le sort de la stipulation *soit en suspens; mais elle est frappée sur-le-champ de nullité*. De même, en sens inverse, bien que la chose ait été valablement stipulée dans le principe, si plus tard elle tombe, *sans le fait du promettant*, dans un des cas ci-dessus exposés, *la stipulation est éteinte*. Est même nulle, dès son origine, une telle stipulation : RÉPONDS-TU DE ME DONNER LUCIUS TITIUS LORSQU'IL SERA ESCLAVE? ou autres semblables; car ce qui, *par sa nature, est hors de notre domaine*, ne peut, en aucune façon, être l'objet d'une obligation.

1329. *Publicam*. Ce qui ne s'applique pas aux choses qui sont non pas consacrées à l'usage public, mais dans la fortune, dans le patrimoine du peuple ou du fisc (*non in publico usu; sed in pecunia populi, in patrimonio fisci*) (1), et, par conséquent, dans le commerce. Nous avons établi cette distinction (tom. II, n° 328).

1330. *Vel cujus commercium non habuerit*. Il s'agit ici d'un empêchement non pas général, mais particulier, personnel au stipulant. La chose, par sa nature, est dans le commerce; mais le stipulant est incapable de l'acquérir. Par exemple, au temps de Gaius, d'Ulpien et des jurisconsultes de cette époque, si un *peregrinus* a stipulé un fonds italique (2); ou bien encore au temps du Bas-Empire, si un hérétique, un juif ou un païen a stipulé un esclave chrétien (3). Du reste, si c'est le promettant qui n'a pas le commerce de la chose promise, peu importe : il

(1) DIG. 18. 1. *De contrahenda emptione*. 6. pr. f. Pomp.; 72. § 1. f. Papin. — (2) Il est indubitable pour moi que ces jurisconsultes, qui parlent fréquemment de choses dont une des parties n'aurait pas le commerce, font allusion aux relations avec les *peregrini*, qui étaient incapables d'acquérir le domaine Quiritaire, et auquel le *commercium*, quand il leur était accordé, ne l'était pas toujours d'une manière complète ni uniforme. Voir, pour s'en convaincre, DIG. 31. (*De legatis. II.*) 49. § 3. f. Paul.; et ce que nous avons dit : t. I, *Génér.*, n°s 11 et suiv. — (3) COD. 1. 10. *Ne christianum mancipium hereticus, vel judæus, vel paganus habeat vel possideat*. 1. const. Honor. et Théod.

ne s'en oblige pas moins, pourvu que cette chose soit susceptible d'être acquise au stipulant; il serait tenu en conséquence des dommages-intérêts pour l'inexécution. « Multum interest, utrum ego stipuler rem cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet. Si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi (1). »

1331. *Vel rem suam :* car il n'en peut pas devenir plus propriétaire qu'il ne l'est; mais il stipulerait valablement le prix, l'estimation de sa chose, qui n'intervient alors que comme mesure; ou bien encore la restitution de la chose, s'il s'en trouve dépossédé : « Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suæ non inutiliter : sane rem (meam) mihi restitui, recte stipulari videor (2). »

1332. *Protinus inutilis est :* c'est un des cas d'application de cette règle de droit : « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (3). »

1333. *Extinguitur stipulatio.* Par exemple, si la chose promise a péri en totalité (4); si elle est devenue sacrée ou religieuse, si l'esclave est devenu libre (5); si celui qui avait stipulé une servitude pour son fonds a aliéné ce fonds, etc. « Corrumpit stipulationem, dit Modestin en parlant de ce dernier, in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit (6). » La conséquence de cette extinction, c'est que le promettant se trouve libéré et qu'on ne peut plus lui demander ni la chose ni l'estimation. C'est donc une sorte particulière de solution, de libération. — Mais pour cela, il faut que l'événement soit arrivé, non-seulement sans la faute, mais même sans le fait du promettant : « *sine facto promissoris,* » nous dit le texte; sinon, l'obligation continue de subsister, « *perpetuatur obligatio* (7). » Il en est de même si l'événement est survenu pendant que le débiteur était en demeure de remplir son engagement : « Nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid hujusmodi acciderit (8). » — Que décider si plus tard la chose rentre dans le commerce : si, par exemple, l'homme affranchi redevient esclave; si la chose consacrée ou rendue religieuse redevient profane? La stipulation éteinte par le premier événement revivra-t-elle par suite du second? Celsus, à en juger par un de ses fragments relatif à la matière

---

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 34. f. Ulp. — Rapprochez Dig. 31. (*De legatis II.*) 49. § 3. f. Paul. — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 82. f. Ulp. — (3) Dig. 50. 17. *De regulis jur.* 29. f. Paul. — 45. 1. *Verb. oblig.* 83. § 5. f. Paul. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 33. f. Pomp. : « Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur : non tenetur promissor. » — (5) *Ib.* 83. § 5. f. Paul. — (6) Dig. 8. 1. *De servitutibus.* 11. f. Modest. — (7) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 91. f. Paul., consacré par le jurisconsulte à l'examen des divers cas de fautes ou de faits imputables. — (8) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 23 et 33. f. Pomp.; 82. § 1. f. Ulp.; 91. pr. §§ 1. et 3. f. Paul.

des legs, le décidait ainsi (1). Mais son opinion est contredite, même en cette matière spéciale, par d'autres jurisconsultes (2); et Paul nous dit formellement qu'elle n'a pas été admise : « In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest (3). » Nous reviendrons sur cette discussion en traitant de l'extinction des obligations. — Malgré la généralité de ces expressions du texte, *in earum qua causa de quibus supra dictum est*, il ne faudrait pas étendre sa disposition à tous les cas énumérés plus haut. En effet, si le stipulant ayant stipulé une chose qui au moment de la stipulation était chose d'autrui, cette chose plus tard est devenue sienne, le promettant ne se trouve pas libéré pour cela : il doit payer l'estimation. Pour que cet événement le libérât, il faudrait la réunion de deux circonstances : 1° que la chose eût été promise par lui gratuitement, par pure libéralité; 2° et que la cause qui la fait acquérir d'autre part au stipulant fût elle-même une cause purement gratuite. On appliquerait alors le principe que nous avons déjà vu en matière de legs (t. II, n° 866) : « Duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse (4). »

1334. *Quæ, natura sui, dominio nostro exempta sunt* : ainsi à l'égard de cette dernière disposition, il faut distinguer entre les choses qui sont hors du commerce par leur nature même (*natura sui*), d'une manière absolue, et celles qui ne sont frappées que d'un empêchement accidentel, relatif à la personne du stipulant. Dans ce dernier cas, la stipulation conditionnelle n'est pas nulle dès le principe; pour juger de sa validité, il faut attendre l'événement de la condition; si à cet événement l'empêchement subsiste encore, la stipulation est inutile; si l'empêchement a cessé, elle est valable : « Si rem meam sub conditione stipuler : utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore, mea non sit (5). »

1335. Faisons remarquer, pour terminer ce qui concerne ce paragraphe, qu'ici, en matière de stipulation, la bonne foi, l'ignorance de celui qui a stipulé une chose sacrée ou religieuse, la croyant profane, une chose publique, la croyant privée, ou un homme libre, le croyant esclave, cette bonne foi, disons-nous, ne lui servirait pas à valider la stipulation (*quam humani juris esse credebat*, — *quem servum esse credebat*, nous dit le texte). Il s'agit ici d'un contrat de droit strict; il a stipulé qu'on lui don-

(1) DIG. 32. (*De legatis III.*) 79. § 3. f. Cels. — (2) DIG. 34. 4. *De adimend legat.* 27. § 1. f. Paul. — (3) DIG. 46. 3. *De solutionibus*. 98. § 8. f. Paul. — 45. 1. *De verb. oblig.* 83. § 5. f. Paul. — (4) INST. 2. 20. 6. Il ne faut pas oublier, du reste, ce que l'application de cette maxime offre de spécial, relativement à la personne du père de famille et à celle du fils ou de l'esclave en matière de legs (t. II, n° 866). — DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* 17. f. Jul. : « Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pertinuisset. » — *Ib.* 19. f. Jul. — 45. 1. *Verb. oblig.* 83. § 6. f. Paul. — (5) DIG. 45. 1. *Verb. oblig.* 31. f. Pomp.

nerait la propriété, cette dation est impossible : en conséquence, malgré son ignorance et sa bonne foi, la stipulation est inutile; l'action qui devrait en résulter ne lui sera pas même donnée pour réclamer l'estimation de la chose ou des dommages-intérêts. Mais ceci est spécial à la stipulation et tient à la nature de ce contrat. Nous verrons, en effet, qu'il en serait autrement en matière de vente (voir ci-dessous, tit. 23, § 5).

**III.** Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, *non obligabitur;* veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si *effecturum se ut Titius daret* spoponderit, obligatur.

**3.** Si quelqu'un répond qu'un autre donnera ou fera, *il n'est pas obligé;* par exemple, s'il répond que Titius donnera cinq sous d'or. Mais s'il répond que lui-même *fera en sorte que Titius donne*, il est obligé.

**IV.** Si quis alii quam cujus juri subjectus sit stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti si quis ita stipuletur : MIHI AUT SEIO DARE SPONDES? ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit; ut liberatio ipso jure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quod si quis *sibi et alii* cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio; sed utrum totum debeatur quod in stipulationem deductum est an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placet non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Et qui juri tuo subjectus est si stipulatus sis, tibi adquiris; quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt.

**4.** Si quelqu'un stipule pour un tiers autre que celui en la puissance de qui il est, l'acte est nul. Ce qui n'empêche pas que le payement ne puisse être conféré sur la personne d'un tiers, par exemple en ces termes : PROMETS-TU DE DONNER A MOI OU A SEIUS? de telle sorte que le stipulant acquière seul la stipulation : mais que le payement puisse être valablement fait, même contre son gré, à Seius; et que la libération s'ensuive, sauf l'action de mandat qu'il aura contre Séius. Si quelqu'un stipule *pour soi et pour un tiers* au pouvoir duquel il n'est pas soumis qu'on donnera dix sous d'or, la stipulation est certainement valable. Mais la dette sera-t-elle du total compris dans la stipulation ou de la moitié seulement? La question a fait doute. Nous décidons qu'il ne sera dû que la moitié. Si tu stipules pour celui qui est en ta puissance, tu acquiers pour toi, car ta parole est comme la parole de ton fils, de même que celle de ton fils est comme la tienne dans les choses qui peuvent t'être acquises.

1336. Ces deux paragraphes, auxquels il faudrait joindre, pour les compléter, les §§ 19, 20 et 21 reportés plus bas, traitent d'une matière importante et digne de remarque, dans le droit romain : il s'agit de savoir pour qui chacun peut stipuler ou promettre.

Il est un axiome général, reçu dans la doctrine : « *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest,* » tiré, non pas expressément, mais par induction et à peu de chose près, des fragments du droit romain (1).

(1) « Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere, sæpe constitutum est. » COD. 7. 60. — « Inter alios acta vel judicata, aliis non nocere. » 1. const. Dioclet. et Maxim.

Ce principe reçoit éminemment son application en matière de contrat, où nous le trouvons formulé en règle générale pour tous les contrats sans distinction, tant ceux de bonne foi, comme la vente par exemple, que les autres. « Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari, » porte une constitution de Dioclétien (1). « Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus (2), » a écrit le jurisconsulte Paul. La conséquence est que si notre intention en formant un contrat, même de bonne foi, a été non pas de nous obliger nous-mêmes, mais d'obliger un tiers; ou bien, en sens inverse, non pas de lier la partie contractante envers nous, mais de la lier envers un tiers, l'acte sera nul. Nous n'aurons acquis ou contracté aucune obligation, ni pour nous, parce que nous ne l'avons pas voulu, ni pour le tiers, parce que nous ne l'avons pas pu. C'est ce que dit élégamment et laconiquement une constitution de Dioclétien, à l'égard d'un mari qui, gérant les affaires de sa femme, a acheté, non pas en son propre nom, mais au nom de sa femme : « Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, empti actionem nec illi, nec tibi quæsisti, dum tibi non vis, nec illi potes (3). »

1337. Cela étant vrai de tous les contrats, nous trouvons, en outre, pour la stipulation, quelque chose de plus caractéristique qu'il importe de bien noter. Ici le contrat se forme par les paroles (*verbis*) et uniquement entre ceux qui les ont prononcées : « Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur (4). » Ce n'est pas à la simple intention, c'est à la stricte prononciation des paroles qu'il faut se reporter. Et chacun ne peut parler que pour soi-même, soit en interrogeant, soit en répondant : « Inventæ sunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest, » dit Ulpien (5); « De se quemque promittere oportet, » dit Paul (6). Si bien qu'en principe du droit civil, cet acte, comme nous l'avons déjà dit (ci-dess. n° 1239), ne peut pas se faire par représentant, pas même par un messager, un porte-parole (*nuntius*). Cela posé, examinons avec plus de détail les conséquences de ces principes, pour chaque rôle dont se compose le contrat verbal; et d'abord, pour celui de stipulant.

1338. La règle générale, c'est qu'on ne peut stipuler pour

(1) Cod. 4. 12. *Ne uxor pro marito*, etc. 3. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 11. f. Paul. — Dig. 50. 17. *De regulis juris.* 73. § 4. f. Quint. Muc. Scævol. : « Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. » — (3) Cod. 4. 50. *Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit.* 6. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 83. pr. f. Paul. — (5) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 17, Fragment d'Ulpien, reproduit ci-dessous, § 19. — (6) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 83. pr. f. Paul.

autrui : « *Alteri stipulari nemo potest.* » C'est-à-dire qu'on ne peut valablement stipuler qu'il sera donné ou fait quelque chose à autrui. Ce qui signifie non pas seulement que le tiers pour qui il a été stipulé n'aura pas d'action : cela va sans dire, puisqu'il est étranger au contrat; mais même que le stipulant n'en aura aucune, qu'il ne pourra pas exiger que le promettant donne ou fasse à autrui ce qu'il a promis, la stipulation étant inutile. Et le motif répété fréquemment dans les textes, c'est que le stipulant n'a aucun intérêt · « *Nihil interest stipulatoris;* » — « *Ut alii detur nihil interest mea.* » — « *Nisi intersit* (1). » En effet, le stipulant ne pourrait pas, faute d'exécution, faire estimer, pour la condamnation, *quid ejus intersit,* puisqu'il n'y a aucun intérêt. — D'où la conséquence que, dans le cas où le stipulant y aura intérêt, la stipulation sera valable. « Si stipuler alii, cum mea interesset : videamus an stipulatio committatur? Et ait Marcellus stipulationem valere (2). » Ce qui veut dire non pas que le tiers aura l'action résultant de cette stipulation, car il y est étranger, c'est pour lui *res inter alios acta;* mais que le stipulant pourra agir en vertu de sa propre stipulation pour forcer le promettant à donner au tiers ou à faire pour le tiers ce qu'il a promis, ou pour obtenir, faute d'exécution, une condamnation équivalant au montant de l'intérêt qu'il y avait. Du reste, il ne suffit pas, pour valider ainsi la stipulation, d'un simple intérêt d'affection : il faut un intérêt juridique. Par exemple, je suis obligé, par une cause quelconque, à faire construire une maison à Titius; je stipule de quelqu'un qu'il la lui construira : cette stipulation est valable, et j'aurai action contre le promettant pour qu'il remplisse sa promesse, car j'y ai intérêt (3). Tels sont encore les exemples donnés ci-dessous dans le § 20. — Enfin dans les cas mêmes où le stipulant n'a aucun intérêt de droit à ce que la chose stipulée soit donnée au tiers ou faite pour le tiers (*etiam ei cujus nihil interest*), un moyen s'offre de rendre le contrat verbal valable; c'est de le faire porter sur la stipulation d'une peine : « *Plane si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet* (4). » Par exemple : PROMETS-TU DE DONNER TANT A TITIUS? ou : PROMETS-TU DE FAIRE TELLE CHOSE POUR TITIUS? Stipulation inutile, parce que nous supposons que je n'ai aucun intérêt de droit à ce que cela soit donné ou fait à Titius. Mais j'ai ajouté : ET SI TU NE DONNES, ou bien : ET SI TU NE FAIS AINSI, PROMETS-TU DE ME DONNER CENT SOUS D'OR? La stipulation est valable, et il importe de bien l'apprécier. La peine n'est pas ici un accessoire, la représentation d'un intérêt qui n'existe pas, la garantie d'une stipulation principale inutile; à vrai dire, elle forme elle-même l'objet principal

(1) Ci-dessous, § 19. — DIG. 45. 1. *Verb. oblig.* 38. § 17. f. Ulp. — COD. 8. 39. *De inutilibus stipulationibus*. 3. const. Diocl. et Maxim. — (2) DIG. 45. 1. *Verb. oblig.* 38. § 20. f. Ulp. — (3) *Ib.* 38. §§ 20. 21. 22 et 23. f. Ulp. — (4) DIG. 45. 1. *Verb. oblig.* 38. § 17. f. Ulp. — Et ci-dessous, § 19.

de la stipulation. Il est permis à chacun de stipuler sous condition, pourvu que la condition n'ait rien d'impossible ou d'illicite : eh bien, dans l'espèce, je n'ai pas fait autre chose. Au fond, c'est comme si j'avais dit : SI TU NE DONNES OU SI TU NE FAIS TELLE CHOSE A TITIUS, PROMETS-TU DE ME DONNER CENT SOUS D'OR? La condition est potestative de la part du promettant; il est libre de donner ou de ne pas donner à Titius; mais ce dernier cas échéant, la condition s'accomplit, le droit de ma stipulation m'est acquis (*committitur stipulatio*). Tels sont les principes qui concernent spécialement le rôle de stipulant : il ne reste plus qu'à y joindre ce que le texte dit des stipulations *mihi aut Seio;* ou *sibi et alii.*

1339. *Mihi aut Seio :* c'est véritablement et en totalité pour moi que j'ai stipulé la chose promise; Seius n'est indiqué que pour l'exécution, comme pouvant recevoir valablement pour moi le payement : « *Seio autem duntaxat recte solvitur* (1). » On le nomme *solutionis gratia,* ou *solutionis causa adjectus* (2). La stipulation est donc valable en totalité. Mais quelle est la situation des trois personnes qui y figurent? — L'obligation n'est acquise qu'à moi stipulant : « *Constat mihi soli adquiri obligationem* (3); » moi seul en ai l'action, à moi seul doit en revenir le profit. — Le promettant a le droit de payer valablement à Seius, même malgré moi (*me etiam invito, etsi prohibeam*); car il n'est lié que dans les termes de la stipulation. Je ne pourrais donc ici, comme dans le mandat ordinaire, révoquer l'espèce de pouvoir conféré à Seius: «Quia certam conditionem habuit stipulatio quam immutare non potest stipulator (4). » Le débiteur ne peut pas non plus dépasser les termes de la stipulation : c'est à Seius seulement, à Seius individuellement, et non à aucun autre à sa place, pas même à ses héritiers, qu'il a le droit de payer valablement. Et peu importe que Seius soit fils de famille, esclave, même pupille ou furieux : c'est à lui, en principe, et non au père, au maître, au tuteur ni au curateur, que le payement peut être valablement fait (5). — Quant à Seius, il est étranger à la stipulation : elle ne peut donc ni le lier, ni lier aucun autre envers lui. Ainsi, à moins qu'il ne s'y soit engagé d'autre part envers moi, il n'est pas obligé sans doute de recevoir pour moi. Mais s'il reçoit, bien qu'il ne soit pas un véritable mandataire (6), il y est assimilé, et j'ai contre lui l'action de mandat (*mandati actionem*) (7). Généralement, dans la réalité des affaires, je l'aurai prévenu à l'avance de cette mission, il y aura eu, de lui à moi, véritablement contrat de mandat. Du reste,

(1) DIG. 45. 1. *Verb. oblig.* 141. § 3. f. Gai. — (2) DIG. 46. 3. *De solut. et liber.* 95. § 5. f. Papin. — 46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian. — (3) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 141. § 3. f. Gai. — (4) DIG. 46. 3. *De solut. et lib.* 12. § 3. f. Ulp.; 106. f. Gai. — (5) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 55. f. Julian. — 46. 3. *De solut. et liber.* 9. f. Ulp.; 95. § 7. f. Papin. — (6) DIG. 46. 3. *Sol. et lib.* 12. pr. et § 1. f. Ulp. — (7) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 131. f. Scævol.

comme la créance ne lui est nullement acquise, et qu'il n'est qu'une sorte de mandataire limité, il ne pourrait ni en poursuivre l'action, ni l'éteindre par novation ou par remise, ni recevoir des fidéjusseurs ou des gages (1).

1340. *Sibi et alii :* ici le tiers est adjoint, non pas seulement pour le payement, mais pour l'acquisition même de l'obligation (*non solutionis causa, sed adquirendæ obligationis gratia*). Le stipulant stipule en partie pour lui-même, en partie pour autrui. La stipulation sera-t-elle valable en totalité, ou bien ne vaudra-t-elle que pour moitié, la moitié qui concerne le tiers étant inutilement stipulée? Les deux écoles de jurisprudence s'étaient divisées sur ce point. Les Sabiniens déclaraient la stipulation valable pour le tout. « Nostri præceptores, dit Gaius, putant in universum valere, et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum debere, atque si extranei nomen non adjecisset (2). » Les Proculéiens, au contraire (sed diversæ scholæ auctores, dit Gaius), décidaient qu'elle n'était valable que pour moitié : « Pars enim mea deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem. » C'est cette décision qui est adoptée par Justinien; et cependant on trouve encore au Digeste des vestiges de l'une et de l'autre (3).

1341. Voilà pour ce qui concerne le rôle de stipulant. Examinons maintenant le principe à l'égard du rôle de promettant. Il est parfaitement posé par notre § 3. Nul ne peut valablement promettre pour autrui, c'est-à-dire ne peut promettre qu'un autre donnera ou fera (*alium daturum facturumve*). Ce qui signifie non pas seulement que le tiers ne sera lié en aucune manière par cette promesse, cela va sans dire, puisqu'il y est étranger; mais que le promettant lui-même ne sera pas obligé : « *Alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur* (4) » : *non obligabitur,* porte notre texte. Et le motif, c'est qu'il ne l'a pas voulu, ou du moins, que les paroles ne l'ont pas exprimé. — Si donc les paroles expriment qu'il s'oblige lui-même à faire donner ou à faire faire par le tiers (*effecturum se ut Titius daret*), la stipulation est valable, et le promettant est lié (5). — Quelquefois même cela est supposé comme résultant de la nature de la promesse (V. n° 1311), par exemple, quand je promets qu'un tel se présentera ou restera en justice : « Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet (6).

(1) Dig. 46. 3. *De sol. et lib.* 10. f. Paul. — 13. 5. *De pecun. constit.* 7. § 1. f. Ulp. 46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian. — 20. 1. *De pignor.* 33. f. Tryphon. — (2) Gai. Comm. 3. § 103. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 110. f. Pomp. Pour l'autre opinion, en matière de vente : Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 64. f. Javol. et 8. 4. *Comm. præd.* 5. f. Javolen. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. pr. f. Paul.; 38. § 1. f. Ulp. — (5) Comme aussi, lorsqu'il promet de donner au nom de Titius : « Possum utiliter a te stipulari, *Titii nomine te soluturum,* neque enim hoc simile est illi, *Titium daturum.* » Dig. 45. 1 *Verb. obl.* 97. § 1. f. Cels. — (6) *Ib.* 81. f. Ulp.

— Enfin, même quand les paroles n'expriment autre chose que la promesse du fait d'autrui, stipulation inutile par elle-même, il y a moyen de rendre le contrat verbal valable en promettant une peine : « At si quis velit factum alienum promittere, pœnam vel quanti ea res sit, potest promittere (1). » Il faut appliquer ici ce que nous venons de dire de la stipulation pour autrui, en semblable cas.

1342. La règle générale étant posée, il faut observer en premier lieu qu'il est des individus auxquels elle ne s'applique pas, et dont les uns peuvent stipuler ou promettre pour les autres, à cause de l'unité de personne qui existe entre eux. Ainsi. 1° chacun peut stipuler et promettre en ajoutant à sa personne celle de son héritier : « *Suæ personæ adjungere quis heredis personam potest* (2), » adjonction qui va de droit, à moins d'exclusion expresse ou résultant de la nature même de l'objet stipulé. — 2° Le chef de famille peut stipuler pour l'esclave, pour le fils qu'il a en son pouvoir; c'est-à-dire stipuler qu'on leur donnera, qu'on fera pour eux quelque chose, et l'obligation lui est acquise comme s'il avait stipulé pour lui-même ; toutefois, à l'égard du fils, avec les distinctions que nécessitent les règles sur les pécules : « Dominus servo stipulando sibi adquirit ; sed et pater filio, secundum quod leges permittunt (3). » — 3° Réciproquement, celui qui est placé sous la puissance d'un chef de famille peut stipuler valablement pour ce chef et pour tous ceux qui sont soumis à son pouvoir, puisqu'il y a entre tous ces individus unité de personne juridique, et l'obligation est acquise au chef. « Quodcunque stipulatur is qui in alterius potestate est pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus (4). » Ainsi l'esclave peut stipuler, comme nous l'avons déjà dit (ci-dessus, n°s 1288 et suivants), pour son maître, pour le fils de son maître, pour son coesclave. Il peut aussi stipuler valablement pour celui à qui il appartient en usufruit, en usage ; ou pour celui qui le possède de bonne foi, mais seulement dans les limites de leur acquisition (tom. II, n°s 626 et suivants) : ce dernier point s'applique même à l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave. De même le fils de famille peut stipuler pour son père, pour l'esclave de son père, ou pour ceux qui sont soumis comme lui à sa puissance paternelle (5). Remarquez à ce propos cette expression énergique

---

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 38. § 2. f. Ulp. — (2) *Ib.* 38. pr. §§ 1. 2. 5. 10. à 14. f. Ulp.; 49. § 2. f. Paul. — Voir aussi 56. § 1. f. Julian.; 131. pr. 133. f. Scævol., et ce que nous dirons ci-dessous, § 13, de la stipulation *post mortem suam*. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 39. f. Paul. 45. 3. *De stipul. serv.* 28. § 2. f. Gai. — Cod. 8. 38. *De contrah. et commit. stipul.* 2. const. Sever. et Anton. — Remarquez cependant la distinction entre la stipulation d'un droit et celle d'un *fait* exclusivement personnel. Cette dernière, faite par le père pour le fils, ne serait pas valable ; au contraire, faite par le fils pour le père, elle le serait. 45. 1. *Verb. obl.* 130. f. Paul. — (4) *Ib.* 45. f. Ulp. — (5) *Ib.* 38. §§ 6. 15 et 17. f. Ulp.; 40. f. Pomp., même malgré la défense du maître (*vetante domino*) 62. f. Julian.; 78. f. Paul.; 141. pr. f. Gai. — 45. 3. *De stipul. servor.* 1. § 3. f. Julian.

de notre texte : « *Vox tua tanquam filii, sicut et filii vox tanquam tua intelligitur.* » — Quant aux promesses, il faut se reporter à ce que nous aurons à dire (ci-dessous, liv. 4, tit. 7) sur la manière dont le chef peut, au moyen des institutions prétoriennes, être tenu des engagements contractés par ceux qu'il a sous sa puissance.

1343. Enfin, au point de vue de la procuration, c'est-à-dire de la possibilité de stipuler par l'intermédiaire d'un représentant, on s'est écarté du droit civil primitif. Ainsi, la stipulation *rem pupilli salvam fore* peut être faite au nom du pupille *infans* ou non présent, soit par un esclave public, soit par une personne désignée par le préteur (tom. II, n°s 140, 275, et ci-dessus, n° 1296), soit par le magistrat lui-même (1); que les stipulations prétoriennes peuvent être faites par procureur (2); de même, pour l'agent des municipalités (*actor municipum*), pour le tuteur du pupille, pour le curateur du fou ou de l'adolescent, pour le procureur d'un militaire (*procurator militis*) (3), ou même pour le procureur d'une personne quelconque, dans quelques cas particuliers (4); enfin, Ulpien nous dit que, si la promesse a été faite au procureur en présence du mandant, on donnera l'action à ce dernier (5), non pas l'action directe, mais une action utile.

1344. Pour ne point faire une fausse application des articles 1119 et 1121 du Code civil, où, sans tenir compte de notre système de contrats, on a reproduit les règles du droit romain; il importe de bien distinguer entre la stipulation pour autrui, nulle pour défaut d'intérêt, même dans les contrats de bonne foi, et la promesse pour autrui, dont la nullité, propre aux contrats de droit strict, tenait à la forme de la stipulation. — Ajoutons que chez nous, c'est seulement *en son propre nom* (art. 1119) qu'il peut être interdit de stipuler ou de promettre pour autrui,

---

(1) Dig. 27. 8. *De magist. convent.* 1. § 15. f. Ulp. — La même nécessité se présente pour la satisdation à donner en cas d'adrogation d'un impubère. Dig. 1. 7. *De adopt.* 18. f. Marcell. Le préteur, déjà dès les actions de la loi, dans l'action *sacramenti*, apparaît comme recevant des *prædes* au nom du public. Gai. Comm. 4. § 13. — (2) Ci-dessus, n° 1311; et, en outre, Dig. 39. 2. *De damn. infect.* 18. § 16. f. Paul. 39. § 3. f. Pomp.; et 13. § 13. f. Ulp. — (3) Cela est dit formellement par Ulpien pour le constitut. : Dig. 13. 5. *De pecun. constit.* 5. § 9. f. Ulp.; et spécialement pour la stipulation, dans le cas où il s'agit de stipuler pour le pupille, pour le fou, pour l'adolescent, pour le militaire, la restitution d'une somme à eux appartenant, qui a été donnée en *mutuum;* c'est-à-dire de stipuler *ex re eorum*. Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 26. f. Ulp. — (4) En cas de vente par procureur et des satisdations données accessoirement à la vente : Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 25. f. Ulp.; spécialement pour la stipulation, quand le procureur stipule *ex re domini :* Dig. 3. 3. *De procurat.* 68. f. Papin.; ou quand les intérêts du maître ne peuvent être sauvés autrement (*si modo aliter rem suam servare non potest*), ce qui est dit particulièrement par Gaius et par Ulpien, pour les contrats faits par un *institor*. Dig. 14. 3. *De institor. action.* 1. f. Ulp. et 2. f. Gai. — (5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 79. f. Ulp. : « Si procuratori præsentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit. »

le mandataire ou le gérant d'affaires pouvant toujours traiter *au nom d'autrui*.

V. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat : veluti, *si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra;* aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra : si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas : PRÆSENTI DIE SPONDEO. Nam sic hoc solum respondeas : PROMITTO, breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

5. La stipulation est encore inutile si la réponse ne concorde pas avec la demande : par exemple, *si on stipule de toi dix sous d'or, et que tu en promettes cinq, ou réciproquement ;* ou bien on stipule purement et simplement, et tu promets sous condition, ou réciproquement. Pourvu, toutefois, que la différence soit exprimée; c'est-à-dire qu'à celui qui a stipulé sous condition ou à terme, tu répondes : JE PROMETS POUR AUJOURD'HUI; car, si tu as seulement répondu : JE PROMETS, tu es censé avoir brièvement répondu pour le même terme ou sous la même condition. En effet, il n'est pas nécessaire de répéter dans la réponse tout ce qu'a exprimé le stipulant.

1345. L'accord exact de la promesse avec la stipulation est un principe essentiel du contrat verbal : il ne suffit pas que l'intention, que le consentement des parties y soient, il y faut les paroles, dans la forme d'une interrogation précédente, et d'une réponse conforme qui suit. C'est par ce principe qu'il faut se guider. Du reste, la nécessité de cette concordance ne va pas jusqu'à exiger que la réponse répète les termes mêmes de l'interrogation; ni même qu'elle soit faite en la même langue, ou en telle expression d'assentiment plutôt qu'en telle autre (1).

1346. *Si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Toutefois, cette question avait divisé les jurisconsultes, et, comme il arrive si souvent, les deux opinions contraires sont insérées dans les recueils de Justinien. Celle de notre texte qui prononce la nullité complète de la stipulation est tirée des Instituts de Gaius (2), chaque somme y est considérée comme un objet distinct; or, l'interrogation portant sur l'un de ces objets et la réponse sur l'autre, il y a nullité. Ulpien et Paul, au contraire, considèrent les sommes comme des quantités, et, la quantité moindre étant toujours comprise dans la plus grande (3), la stipulation, selon eux, sera valable pour la somme moindre : « Quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur; » « Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse. » Cette dernière décision est celle qui est reproduite au Digeste (4).

(1) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 1. §§ 2 et 3. f. Ulp.; mais le simple signe d'assentiment (*si sine verbis adnuisset*) ne suffirait pas. — (2) GAI. Comm. 3. § 102. — (3) Est-ce toujours vrai? Voyez la distinction élégante proposée par M. Accarias (tom. II, n° 500. A). — (4) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 1. § 4. f. Ulp.; 83. § 3. f. Paul.

VI. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

6. La stipulation est inutile si tu stipules de celui qui est sous ta puissance, ou s'il stipule de toi. Quant à l'esclave, ce n'est pas seulement envers son maître, mais c'est envers qui que ce soit qu'il ne peut s'obliger, tandis que les fils de famille peuvent être obligés envers autrui.

1347. L'unité de personne juridique entre le chef de famille et ceux qui sont soumis à son pouvoir, unité qui fait qu'ils peuvent stipuler d'un tiers les uns pour les autres, les empêche précisément et par la même raison de stipuler valablement entre eux, les uns des autres. Toutefois l'introduction des pécules, les idées philosophiques du droit des gens et les institutions prétoriennes ont modifié cette rigueur civile, en ce sens qu'on a reconnu entre ces personnes des obligations naturelles (1). — Quant à ce qui concerne l'incapacité de l'esclave et la capacité du fils pour s'obliger, nous avons déjà traité la question (ci-dess., n^os 1286 et suiv.; 1298 et suiv.).

VII. Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. *Quod et in surdo receptum est;* quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et is qui promittit, verba stipulantis, audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

7. Le muet ne peut évidemment ni stipuler ni promettre. La même décision *a été admise pour le sourd*, parce que celui qui stipule doit entendre les paroles du promettant, et celui qui promet, les paroles du stipulant. D'après ce motif, il est clair que nous ne parlons pas de celui qui entend difficilement, mais de celui qui ne peut rien entendre.

1348. *Quod et in surdo receptum est :* l'impossibilité du contrat par paroles pour le muet était évidente : « Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est (2), » dit Gaius; puisqu'il faut que chaque partie prononce des paroles: « Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente (3). » Mais à l'égard du sourd, on aurait pu dire, à la rigueur, que la surdité n'empêche pas la prononciation des paroles, et par conséquent la possibilité matérielle du contrat. La jurisprudence n'a pas accueilli cette conclusion; elle a, au contraire, admis le principe que les deux parties doivent non-seulement parler, mais s'entendre réciproquement : « Quoniam exaudire invicem debent (4). »

VIII. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quæ agit.

8. Le fou ne peut faire aucun acte de droit, parce qu'il n'a pas l'intelligence de ce qu'il fait.

(1) Dig. 12. 6. 38. f. Afric. — Et pour le pécule castrans, à l'égard duquel le fils est réputé père de famille. Dig. 5. 1. *De judic.* 4. f. Gai. — (2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 14 et 15. f. Gai. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. pr. f. Ulp. — (4) *Ib.* — Gai. Comm. 3. § 105.

1349. Il ne le peut même pas avec l'assistance de son curateur (1). Toutefois, les stipulations ou les promesses faites par lui dans les intervalles lucides (*in dilucidis intervallis*) seront valables; car il faut appliquer ici ce que nous avons déjà vu à l'égard des testaments (2). — Quant au prodigue interdit de l'administration de ses biens, il peut valablement stipuler, mais non promettre : « Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari (3). »

IX. Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

9. Le pupille peut gérer valablement toute affaire, pourvu que le tuteur intervienne dans les cas où son autorisation est requise; par exemple, quand le pupille s'oblige; car il peut, sans cette autorisation, obliger les autres envers lui-même.

X. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent : nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, *nec auctore quidem patre obligatur*.

10. Ce que nous venons de dire des pupilles ne s'applique qu'à ceux qui ont déjà quelque intelligence; car l'enfant et celui qui est encore près de l'enfance ne diffèrent guère du fou, parce qu'ils n'ont aucune intelligence. Toutefois, à l'égard des pupilles encore voisins de l'enfance, et par utilité pour eux, une interprétation plus favorable leur a accordé la même capacité qu'au pupille près de sa puberté. Quant à l'impubère soumis au pouvoir paternel, il ne peut s'obliger, *même avec l'autorisation de son père*.

1350. Les notions sommaires que nous avons déjà données (tom. I, n°s 86 et suiv.) sur les diverses périodes distinguées dans l'âge des impubères, et sur les conséquences que les jurisconsultes romains en tiraient quant à leur capacité, demandent ici quelques développements en ce qui concerne la stipulation.

Le droit romain primitif, en ces expressions *impubes*, *infans*, avait pris les choses à la lettre, s'attachant au fait matériel, au phénomène physique. Dans ce droit, de même que l'*impubes* est celui qui ne peut pas encore engendrer, l'*infans* est celui qui ne peut pas encore parler : la composition philologique du mot exprime rigoureusement la pensée. La faculté génératrice fait le pubère, la parole fait l'homme sorti de l'enfance. A quelle époque? Au moment même où le phénomène s'est accompli, moment variable, selon que les individus sont plus ou moins précoces ou

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 5. f. Paul. : « In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent : nam furiosus nullum negotium contrahere potest : pupillus omnia, tutore auctore, agere potest. » — 44. 7. *De obl. et act.* 1. § 12. f. Gai. — Instit. de Gai. Comm. 3. § 106. — (2) Instit. 2. 12. § 1. ci-dessus, t. 2, p. 466. Cod. 6. 22. *Qui testam. fac. poss.* 9. const. Justinian. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 6. f. Ulp.

retardataires; ainsi il n'y a pas d'âge juridiquement et uniformément déterminé. — Dans la langue des anciens jurisconsultes, jusque dans les textes insérés au Digeste de Justinien et dans les constitutions impériales antérieures à Théodose, le mot *infans* est toujours pris en ce sens matériel et rigoureux. « Qui fari non potest, antequam loqueretur, priusquam fari possit, qui fari potest, qui loqui potest, ex quo fari cœperit » : ces expressions et autres semblables viennent fréquemment traduire ou expliquer d'une manière indubitable la pensée (1); et souvent encore, pour plus de conviction, nous trouvons l'*infans* comparé, sous ce rapport, au muet (2).

1351. Cela posé, les actes juridiques dans lesquels des formules doivent être prononcées, où il faut la présence et la parole des parties, sont hors de toute portée de l'*infans*, de celui qui ne parle pas encore : il y a impossibilité absolue qu'il accomplisse de pareils actes. Telle est, en particulier, la stipulation : « Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt (3). »

1352. Mais dès que l'impubère pourra parler, proférer des paroles, sera-t-il capable de figurer comme acteur dans ces actes juridiques par cela seul qu'il pourra en prononcer les formules? Les jurisconsultes romains ne s'étaient pas dissimulé que l'intelligence, surtout l'intelligence des actes sérieux, n'arrive pas aussi vite que la parole; que cette intelligence manque non-seulement chez l'*infans*, c'est-à-dire chez celui qui ne parle pas, mais encore chez celui qui, commençant à parler, se rapproche plus de l'enfant que du pubère (*infanti proximus*), époque tout aussi indéterminée que l'étaient les deux autres auxquelles elle servait d'intermédiaire; mais qui était considérée comme se prolongeant communément jusqu'à sept ans ou huit ans, environ; et si, sous le rapport de la parole, ils comparaient l'*infans* au muet, sous le rapport de l'intelligence, ils comparaient au fou l'*infans* et l'*infanti proximus* (c'est-à-dire le mineur de sept ou huit ans) : « Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, » dit notre texte copié sur les Instituts de Gaius (4). —

(1) Dig. 26. 7. *De admin. tutor.* 1. § 2. f. Ulp. « Qui fari non possunt. » — 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. : « Si fari possit. » — 36. 1. *Ad. s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mæcian. « Eo quod fari non potest;... cum fari non possit. » — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1 à 6. f. Ulp. : « Qui fari non potest... » — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gai. : « Qui loqui potest. » — 45. 1. 70. f. Ulp. : « Qui fari non poterat, » et 141. § 2. f. Gai. : « Ex quo fari cœperit. » — 46. 6. *Rem pupill. salv. fore.* 6. f. Gai. : « Si pupillus abest aut fari non potest; si præsens sit, et fari potest. » — Et dans le Code, 6. 9. *Qui admitt. ad bon. possess.* 3. const. Dioclét. et Maxim. : « Antequam loqueretur. » — 8. 54. *De donation.* 26. const. Constantin : « Priusquam fari possit. » — (2) Dig. 36. 1. *Ad s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mæcian. — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1 à 6, et § 8. f. Ulp. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 13 et 14. Gai. — 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp. — (3) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.; et 70. f. Ulp. — (4) 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul.

La conséquence aurait dû être que l'*infanti proximus*, bien qu'il pût physiquement proférer des paroles, n'ayant aucune intelligence (*nullum intellectum*), étant, sous ce rapport, assimilé à peu près à un fou, ne pouvait figurer valablement comme acteur dans des actes qu'il ne comprenait pas. Cependant par décision plus favorable, par utilité (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), les impubères, bien qu'ils ne fussent pas encore en âge de comprendre, et par cela seul qu'ils pouvaient parler, prononcer mécaniquement les formules, furent admis à faire, soit avec l'*auctoritas* de leur tuteur, soit même seuls, certains actes qui ne pouvaient avoir lieu sans leur coopération personnelle, par exemple l'acquisition d'une hérédité (tom. II, n° 246) (1), ou qui étaient dans leur intérêt. Telle était notamment la stipulation. Ainsi, dans ce système, dès qu'il peut parler, proférer l'interrogation ou la réponse, l'impubère peut valablement stipuler, sans autorisation, ou même promettre avec l'autorisation de son tuteur. « Pupillus, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest (2). »

1353. Cependant la jurisprudence romaine entra, avec le temps, dans une nouvelle voie. C'était une opinion des philosophes et des médecins de l'antiquité, que de sept ans en sept ans il s'accomplit dans l'organisation humaine une révolution : opinion reproduite, même de nos jours, dans un ouvrage célèbre de Cabanis (3). Les jurisconsultes romains empruntèrent aux philosophes, sinon toute cette théorie, au moins quelque chose qu'ils en introduisirent dans le droit. Ainsi, les Proculéiens voulurent fixer uniformément la puberté, pour tous les hommes, à quatorze ans accomplis (tom. II, n° 250); ainsi, l'âge de soixante-dix ans fut considéré plus communément comme l'époque juridique de la vieillesse; et celui de sept ans achevés, comme l'âge où l'impubère commence à avoir sinon la plénitude du jugement, du moins

— 44. 7. *De obligat. et act.* 1. § 13. — Gai. Comm. 3. 109, d'où est tiré notre texte.

(1) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. : « Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut causam acquirendæ hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire hujus modi ætatis puer : neque enim scire, neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest, hoc enim favorabiliter ei præstatur. » — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. f. Gai. — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gai. : « Huic (furioso) proximus est, qui ejus ætatis est ut nundum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc benignius acceptum est; nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. » — 46. 6. *Rem pupill. salv. fore*, 6. f. Gai. « Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillis abest, aut fari non potest. Nam si præsens sit, et fari potest : etiam si ejus ætatis erit, ut non intelligat quid agat : tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari. » — Et Gai. Comm. 3. § 109, d'où est tiré le § 10 de notre texte. — (3) Cabanis : *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 4e mém. *Influence de l'âge sur les idées et sur les affections morales*, §§ 6. 7. 8 (tom. 1) pag. 234, 236, 242, 252 et suiv. de l'édition de 1824).

quelque intelligence des relations de droit. Si chacune de ces époques diverses ne fut pas consacrée dès l'abord par la jurisprudence comme un terme général pour toutes les capacités qui pouvaient s'y référer, elles le furent du moins pour certaines aptitudes : par exemple, l'âge de quatorze ans pour la capacité de tester (t. II, n° 250); celui de soixante-dix ans pour l'exemption des charges publiques (t. I, *Génér.*, n° 91), et celui de sept ans pour l'aptitude aux fiançailles (1). Ce n'est que dans deux fragments des anciens jurisconsultes que nous voyons apparaître l'indication de cet âge de sept ans : jamais comme l'époque où l'impubère cesse d'être *infans*, c'est-à-dire commence à parler, ce qui, en ce sens, serait absurde; mais toujours comme l'âge où il a acquis quelque intelligence des affaires juridiques, où il cesse d'être *infanti proximus*, assimilé à l'enfant (2).

1354. Mais sous Théodose, et par une constitution de cet empereur que nous trouvons insérée dans son Code, une dernière modification s'opère à ce sujet. Le droit romain du Bas-Empire s'est de plus en plus écarté de la nécessité de la prédominance des formules. Dans l'appréciation de l'état des impubères, c'est moins à la faculté matérielle de parler qu'au développement de l'intelligence que l'on s'attache. Cette dernière condition absorbe l'autre. Et l'empereur, au sujet de la manière dont l'hérédité maternelle peut être acquise au fils, déclare fixer, de son autorité, à l'âge de l'enfance, un intervalle d'années déterminé (*certis annorum intervallis... infantis filii ætatem, nostra auctoritate, prescribimus*); de sorte que, soit que l'impubère ait été plus précoce, soit qu'il ait été plus tardif à acquérir la faculté de parler (*sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia*), cet intervalle sera de sept ans (3). Cette disposition revient à confondre dans une même condition l'*infans* et l'*infanti proximus*, que les jurisconsultes avaient déjà assimilés en grande partie. Dès

(1) Dig. 23. 1. *De sponsalibus*, 14. f. Modest. : « In sponsalibus contrahendis, ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis : quapropter (et) à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores quam septem annis. » — Il n'est pas hors de propos de remarquer ici que les fiançailles, comme leur dénomination l'indique (*sponsalia*), ne s'accomplissaient primitivement que par la stipulation quiritaire, la *sponsio* : Dig. *Ib.* 2 et 3. f. Ulp. et Florent. — (2) Le fragment qui précède, de Modestinus, et celui d'Ulpien : Dig. 26. 7. *De admin. et peric. tutor.* 1. § 2. — (3) Code Théodosien, liv. 8, tit. 18. *De maternis bonis et materni generis, et cretione sublata*, 8. const. Arcad., Honor. et Théodos. « *Certis annorum intervallis*, in bonorum possessione maternæ hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda, *infantis filii ætatem, nostra auctoritate, præscribimus* : ut, *sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos ætatis* ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur. Hac vero ætate finita, filius edicti beneficium petat, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, etc. » — Rapprochez de cette constitution celle qui porte le n° 4, au même titre, de l'empereur Constantius; et la constitution 1 des empereurs Théodose et Valentinien, liv. 4. tit. 1, *De cretione vel bonorum possessione*.

lors, le mot *infans* perd sa première signification, sa signification technique et rigoureuse; il désigne le mineur de sept ans, et nous le trouvons ainsi traduit dans une constitution du même prince : « Infanti, id est minori septem annis (1). »

1355. C'est cette dernière manière d'envisager l'âge de l'impubère qui a passé seule dans l'interprétation générale du droit romain, et dans la jurisprudence que les nations modernes en ont déduite; le sens réel et primitif des mots, la succession historique par laquelle les idées romaines avaient progressé à ce sujet, ont été oubliés : de là cette fixation reçue en opinion universelle : l'*infans* est l'impubère jusqu'à sept ans; et, par conséquent, l'*infanti proximus* est l'impubère de sept ans jusqu'à dix ans et demi (dernière nuance qui n'a jamais été comprise ainsi chez les Romains). — Ce qu'il y a de particulier, c'est que les textes des anciens jurisconsultes sont insérés dans les recueils de Justinien avec leur signification matérielle et primitive : *infans, qui fari non potest,* celui qui ne peut pas encore parler; *infanti proximus,* celui qui est voisin de l'âge où l'on ne parle pas encore : c'est que nos deux paragraphes sont copiés textuellement de Gaius, tels que ce jurisconsulte les écrivait de son temps (2) : et enfin, ceci est bien remarquable, c'est que Théophile, dans sa paraphrase de ces deux paragraphes, continue à nous donner l'antique signification : pour *infans,* celui qui est encore à la mamelle; pour *infanti proximus,* celui qui est encore en sa septième ou huitième année : « Pupillorum enim alii sunt *infantes,* veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores : alii dicuntur *proximi infanti,* ut qui recte loqui incipiunt : alii sunt *proximi pubertati.* Et *infans* quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui *proximus infanti* est : qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest quid sibi velint ea quæ dicuntur (3). » Ce qui prouve que du temps de Justinien, et malgré la constitution de Théodose, spéciale pour un cas particulier, les idées des anciens jurisconsultes n'étaient pas encore complétement abandonnées.

1356. *Nec auctore quidem patre obligatur.* Ceci se réfère à

(1) Cod. Justinian. 6. 30. *De jure delib. et de adeunda vel acquir. heredit.* 18. const. Théodose et Valent. « *Si infanti* (*id est minori septem annis*) in potestate patris... hereditas sit derelicta... : licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere... etc., § 4, si autem septem annos ætatis pupillus excesserit, et priore parente mortuo, in pupillari ætati fati munus impleverit : ea obtinere precipimus, quæ veteribus continentur legibus : nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit... etc. » — (2) Gai. Comm. 3. §§ 107, 109. — (3) Théophile, *hic,* traduction latine de Fabrot. — Notez que les annotateurs relevaient ces définitions de Théophile comme de graves erreurs.

une situation différente. Il s'agit, non pas de l'impubère qui est *sui juris*, et par conséquent en tutelle, mais de celui qui est fils de famille sous la puissance de son père. Le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter, par son assistance, la personne du fils impubère qu'il a en son pouvoir (*auctor fieri*), puisque, d'après les principes du droit civil, la personne de ce fils se confond avec la sienne propre quant au patrimoine. Il ne peut être question de compléter (*augere*) que ce qui existe déjà en partie : or, le fils de famille en puissance, d'après les principes du droit primitif rigoureux, n'a pas de personnalité en ce qui concerne les biens. L'*auctoritas* n'a donc lieu véritablement que pour les impubères *sui juris*, et de la part de leur tuteur. En conséquence, le fils de famille impubère peut bien, dès qu'il n'est plus *infans*, stipuler et acquérir par là à son père. Mais l'*auctoritas* ne pouvant avoir lieu pour lui, il y a impossibilité qu'il s'oblige par promesse. La règle se maintient lorsque la jurisprudence a adouci ces idées premières, même lorsque le droit impérial a accordé aux fils de famille des pécules : il y a alors évidemment, pendant que le fils est impubère, surtout par rapport au *peculium adventitium*, une lacune qui est remplie par la gestion du père. Mais dès que le fils de famille devient pubère, il peut non-seulement stipuler, mais encore s'obliger, selon ce que nous avons dit ci-dessus, nos 1299 et suivants : « Pupillus, licet ex quo fari cœperit recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur, dit Gaius : pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet (1). »

XI. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit : SI DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? At si ita stipuletur : SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *pure facta obligatio intelligitur*, ideoque statim petere potest.

11. Si une condition impossible est mise à l'obligation, la stipulation est nulle. Par condition impossible on entend celle à l'accomplissement de laquelle s'oppose la nature, par exemple : SI JE TOUCHE LE CIEL DU DOIGT, RÉPONDS-TU DE ME DONNER? Mais si la stipulation est ainsi conçue : SI JE NE TOUCHE PAS LE CIEL DU DOIGT, RÉPONDS-TU DE ME DONNER? *l'obligation est censée pure et simple*, et le payement peut être demandé à l'instant.

1357. Nous savons ce que c'est qu'une condition impossible ; nous savons que dans les dispositions testamentaires, soit legs, soit institution, une pareille condition est considérée comme non

(1) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 141. § 2. f. Gai. — Si une succession est déférée au fils de famille impubère, il peut, d'après une constitution de Théodose, en faire adition avec le consentement du père sous la puissance duquel il se trouve. COD. 6. 30. *De jure delib.* 18. § 4. const Théod. et Valent. Mais il ne s'agit pas ici d'*auctoritas*. Le père consent, parce que rigoureusement et selon le strict droit civil, c'est lui qui est héritier par l'intermédiaire de son fils : quoique l'introduction du pécule adventice ait modifié cette rigueur de principes quant à l'acquisition.

avenue, et qu'en conséquence le legs ou l'institution subsiste comme s'il était pur et simple (tom. II, nos 740 et 925). Dans les contrats, au contraire, la condition impossible annule le contrat. Cela est vrai non-seulement pour la stipulation : « Sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse (1) ; » mais encore pour tous les contrats : « Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ nullius momenti sunt : sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, æque nullius momenti sunt (2). » Quant à cette différence entre les effets de la condition impossible dans les dispositions testamentaires et ses effets dans les contrats, nous savons qu'elle n'a pas été admise sans controverses dans la jurisprudence ; que les deux écoles des Proculéiens et des Sabiniens étaient divisées sur ce point : les premiers voulaient que la condition impossible annulât les dispositions testamentaires aussi bien que les contrats. Enfin, quant aux raisons de cette différence, nous savons qu'il est difficile d'en donner de bien concluantes (voir sur tout ceci, tom. II, n° 740), et que Gaius lui-même, tout Sabinien qu'il soit, en fait l'aveu : « Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (3). « Mæcianus essaye d'en donner une : « Quia in ea re, dit-il en parlant des contrats, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur : quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est ut nihil agi existiment, apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem (4). » Mais pourquoi considérera-t-on comme plus sérieuse la volonté du testateur qui n'a disposé que sous une condition impossible : « J'institue Titius pour mon héritier s'il boit toute l'eau du Tibre à son déjeuner ? » Évidemment cela ne s'explique que par la faveur particulière accordée aux institutions d'héritiers, pour que les citoyens ne meurent pas *intestat*, et, par extension, à toutes les libéralités testamentaires.

Ce que nous venons de dire s'applique également à la condition contraire aux lois ou aux mœurs. Considérée comme non avenue dans les testaments (tom. II, n° 740), elle est une cause de nullité dans les contrats (5).

1358. *Pure facta obligatio intelligitur :* en effet, il n'y a pas véritablement de condition, c'est-à-dire de chance d'un événement futur et incertain : il est bien certain que le stipulant ne touchera jamais le ciel. La stipulation est utile et au présent (*utilis et præsens est*), dit Ulpien dans des expressions qui reviennent à celles de notre texte (6). — Mais il ne faudrait pas étendre cette décision à la condition, imposée au stipulant, de ne pas faire

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 11. f. Gai. — (2) Dig. *Ib.* 31. f. Mæcian. — (3) Gai. Comm. 3. § 98. — (4) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 31. f. Mæcian. — (5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 35. § 1. Paul. 137. § 6. f. Venulej. — (6) *Ib.* 7. f. Ulp.

quelque chose de contraire aux lois ou aux mœurs : il y a ici une différence radicale entre la condition physiquement impossible et la condition illicite. Par exemple : *Promets-tu de me donner cent sous d'or si je n'incendie pas cette maison? si je n'injurie pas telle personne?* La stipulation est inutile. On ne peut stipuler un prix pour s'abstenir d'un acte illicite ou immoral : « Si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione, » dit élégamment et laconiquement le jurisconsulte Ulpien (1). Ce serait là ce que les Romains appellent stipuler *ex turpi causa* (ci-dessous, § 24). — Mais rien n'empêche de stipuler une somme pour le cas où le promettant commettrait un acte illicite ou immoral; une pareille stipulation, loin d'être contraire aux bonnes mœurs, est conçue de manière à leur être favorable : *ex bonis moribus concepta*, dit Papinien (2), puisqu'elle menace l'action illicite d'une sorte de peine. Toutefois, si les circonstances lui donnaient un autre caractère, par exemple si c'était sa part dans le produit de l'acte illicite, ou le prix de son silence, de son adhésion, que le stipulant se fît promettre ainsi, la stipulation serait nulle comme faite *ex turpi causa*.

**XII.** Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus; et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus : per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel *per scripturam* vel *per testes idoneos* adprobaverit, in ipso *toto die* quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

**12.** L'obligation par paroles ne peut être contractée entre absents. Mais comme il y avait là une source de procès pour les hommes à esprit contentieux, qui, après un long terme peut-être, opposaient de pareilles allégations, soutenant qu'eux ou leurs adversaires n'avaient pas été présents, nous avons introduit, dans le but de mettre prompte fin à ces procès, une constitution adressée aux avocats de Césarée, par laquelle nous décidons que les écrits portant indication de la présence des parties en feront pleine foi, à moins que celui qui a l'improbité de recourir à de tels moyens ne prouve de la manière la plus évidente, soit *par écrit*, soit *par témoins dignes de foi*, que, pendant *tout le jour* dans lequel l'écrit a été fait, lui ou son adversaire étaient dans un autre lieu.

1359. Le contrat verbal ne peut avoir lieu entre absents; le motif en est évident, puisqu'il ne se forme que les parties se parlant (*utroque loquente*) et s'entendant l'une l'autre : « *Nec absens quidem : quoniam exaudire invicem debent* (3). » D'où il suit

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 3. f. Ulp. — (2) Dig. 45. 1. 121. § 1. f. Papin. — 2. 14. *De pactis*. 50. f. Ulp. — Cod. 4. 56. *Si mancipium ita venierit ne prostituatur*. — Le fragment de Pomponius (Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 19.), et la constitution d'Alexandre (Cod. 8. 39. *De inutil. stipul.* 2.), relatifs à un cas particulier, celui du divorce, et motivés par des raisons toutes spéciales, ont exception, mais non pas obstacle à ce principe. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl* 1. pr. f. Ulp. — Paul. Sent. 5. 7. § 2

que le fait d'un *alibi* était une objection radicale à opposer à celui qui invoquait l'existence d'un pareil contrat. Le texte nous expose les dispositions prises par une constitution de Justinien pour empêcher l'abus d'un pareil moyen et la fréquence des procès qui en étaient la suite.

1360. Le contrat verbal n'exige, en lui-même, aucune écriture, aucun mode particulier de constatation. Il se forme par la simple prononciation des paroles : dès lors il existe. Mais, en cas de dénégation, la partie intéressée aura besoin de fournir la preuve de cette existence. — Pour être à même de faire, au besoin, cette preuve, mais seulement comme moyen de preuve (1), on peut dresser un écrit constatant ce qui s'est passé, et que l'on nomme *instrumentum* par excellence, comme le meilleur mode d'instruire sur les faits; ou encore *cautio*, comme une sûreté pour le stipulant (voir tom. I, *Génér.*, n° 173). Nous trouvons dans les textes divers de pareils écrits, dressés, soit par le promettant, soit ordinairement par un esclave, par un affranchi, et constatés vrais par la signature du promettant ou des témoins. « ..... Tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius, etc. (2) ; » — « Tot aureos recti dari stipulatus est Julius Carpus : spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Divus (3) ; » — « ..... Eaque sic recta dari fieri, fide roganti Sticho, servo Lucii Titii, promisit Callimachus ; » — « Stipulatus est Julius Zosas ; spopondit Flavius Candidus dominus meus ; subscripsit et dominus (4). » — Ou bien, on peut recourir à des témoins qui assisteront à l'acte et pourront en rendre témoignage (5); ou enfin à toute autre espèce de preuve. — Le texte nous explique suffisamment les dispositions de Justinien quant à la foi attachée à l'écrit constatant la stipulation, et quant à l'impossibilité d'objecter désormais contre un pareil écrit un *alibi*, à moins qu'il ne s'agît d'une absence durant la totalité du jour indiqué comme celui de la stipulation (*toto eo die*), et que cette absence ne fût constatée par les preuves les plus claires et les plus manifestes (*liquidis ac manifestissimis probationibus*) ; ou mieux, par écrit (*vel per scripturam*) ; ou par des témoins dignes de toute foi, et au-dessus de tout reproche (*vel per testes undique idoneos, et omni exceptione majores*). Tels sont les termes de la constitution de Justinien (6).

---

(1) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum*. 4. f. Gai. : Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem. » Quoique ces paroles de Gaius n'aient pas été écrites spécialement pour la stipulation, on peut les y appliquer. — (2) Ci-dessous, tit. 29. § 2. — (3) Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 11. § 2. f. Papin. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 122. § 1. f. Scævol.; 126. § 2. f. Paul. L'écrit, comme on peut le voir par ces exemples en leur entier, commence par le narré des faits et par l'indication exacte des choses promises. — (5) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. Constantin. 4. 19. *De probat.* 12. const. Dioclét. et Maxim. — (6) Cette constitution, de l'an 531, est insérée au Code : 8. 38. *De contrah. et commit. stipul.* 14.

**XIII.** Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur. Ac *nec is qui in alicujus potestate est,* post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur : PRIDIE QUAM MORIAR *vel* PRIDIE QUAM MORIERIS DABIS, inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

**13.** Nul ne pouvait stipuler qu'on lui donnerait après sa mort, non plus qu'après la mort du promettant. Et même celui *qui est en la puissance d'un autre* ne pouvait stipuler qu'on donnerait après la mort de ce dernier, parce que c'est par la voix de son père ou de son maître qu'il est censé parler. La stipulation ainsi conçue : ME DONNERAS-TU LA VEILLE DE MA MORT *ou* LA VEILLE DE TA MORT ? était également inutile. Mais comme, ainsi que nous l'avons déjà dit, c'est du consentement des contractants que dérive la validité des stipulations, il nous a plu d'apporter à ce point du droit une correction nécessaire. En conséquence, conçue, soit pour le temps postérieur à la mort, soit pour la veille de la mort du stipulant ou du promettant, la stipulation n'en sera pas moins valable.

1361. Il s'agit ici de quelques subtilités excessives de la jurisprudence romaine. La stipulation dont l'action était différée jusqu'après la mort, soit du stipulant : « POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? » soit du promettant : « QUUM MORTUUS ERIS, DARI SPONDES? « était nulle. Et Gaius nous en donne la raison : « Nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem (1) ; » motif qui déjà nous était donné dans le Code, par la constitution de Justinien : « Ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant (2). » Il avait paru aux anciens inélégant, c'est-à-dire contraire à l'ordre régulier, d'admettre comme valables des actions qui n'étaient créées que pour commencer, soit pour, soit contre les héritiers. Déjà, cependant, sous l'ancienne jurisprudence, on avait échappé en partie à l'application de cette règle, à l'aide d'un adjoint particulier nommé *adstipulator,* qu'on se donnait dans la stipulation, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus, n° 1266, et dont nous traiterons bientôt avec détail. Mais Justinien supprime la règle ellemême. Il décide que les actions pourront commencer en la personne des héritiers, soit pour eux, soit contre eux : « Ut liceat ad heredibus et contra heredes incipere actiones; ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur (3). » En conséquence, les stipulations dont il s'agit sont désormais valables.

*Nec is qui in alicujus potestate est.* L'esclave ne pouvait ainsi stipuler : PROMETS-TU DE DONNER APRÈS LA MORT DE MON MAÎTRE ? ni le fils de famille.... : APRÈS LA MORT DE MON PÈRE ? puisque la

(1) GAI. Comm. 3. § 100. — (2) COD. 4. 11. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.* const. unique. — (3) COD. *Ib.* — Et aussi, COD. 8. 38. *De contrah. et comm. stip.* 11. const. Justinien.

stipulation acquise au père de famille n'aurait produit d'action qu'après sa mort. La réforme de Justinien s'applique à ce cas comme à l'autre.

1362. PRIDIE QUAM MORIAR? *vel* PRIDIE QUAM MORIERIS? C'était une conséquence encore plus subtile de la subtilité qui précède. Gaius nous expose le motif de la nullité dans ce cas : « Quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit : rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est : HEREDI MEO DARI SPONDES? Quæ sane inutilis est (1). » Décision qui du reste ne lui paraissait guère raisonnable : « Quod non pretiosa ratione receptum videtur, » dit-il ailleurs (2). Par suite de la constitution de Justinien, cette seconde subtilité disparaît avec la précédente. — Nous avons, du reste, déjà rencontré les mêmes principes; et nous les avons expliqués, dans la matière des legs (tom. II, n^os 928 et 929).

**XIV.** Item si quis ita stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare : ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

**14.** Une stipulation semblable : SI TEL NAVIRE ARRIVE UN JOUR D'ASIE, PROMETS-TU DE ME DONNER AUJOURD'HUI? était inutile, parce qu'elle est conçue d'une manière prépostère. Mais Léon, de glorieuse mémoire, ayant voulu qu'une telle stipulation, qu'on nomme prépostère, ne fût point rejetée en matière de dot, il nous a plu de lui donner force complète. De telle sorte qu'elle soit valable non-seulement dans les dots, mais en toute matière.

1363. La nullité de la stipulation faite sous une condition prépostère, c'est-à-dire dans laquelle on a mis avant (*præ*) ce qui devait être après (*post*), provenait encore, dans l'ancienne jurisprudence, d'une trop rigoureuse appréciation des paroles. Le caractère spécial d'une pareille stipulation, c'est que le terme fixé pour le payement est antérieur à l'accomplissement de la condition; on promet de payer avant d'y être obligé : « PROMETS-TU DE ME DONNER AUJOURD'HUI, SI TEL NAVIRE ARRIVE PLUS TARD? Justinien ne s'attache plus à l'irrégularité des paroles; il étend aux testaments et à tous les contrats ce que l'empereur Léon avait déjà fait, par une faveur spéciale, en matière de dot. En conséquence, l'acte sera valable, mais le payement ne pourra être demandé qu'après l'accomplissement de la condition : « exactione videlicet post conditionem vel diem competente (3). »

(1) GAI. Comm. 3. § 100. — (2) GAI. Comm. 2. § 232. — (3) COD. 6. 23. *De testam.* 25. const. Justinien. Le sens raisonnable qu'on pourrait donner à la stipulation prépostère, dans l'intention des parties, ne serait-il pas, que la condition s'accomplissant plus tard, le payement serait effectué, tant pour les fruits ou pour les intérêts que pour tous autres accessoires, comme si ce payement avait dû être fait au jour même de la stipulation?

XV. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat : CUM MORIAR, DARE SPONDES? *vel* CUM MORIERIS? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

15. Une stipulation ainsi faite, par exemple, Titius disant : PROMETS-TU DE ME DONNER QUAND JE MOURRAI, *ou* QUAND TU MOURRAS? était valable chez les anciens, et l'est encore aujourd'hui.

1364. Distinction subtile entre le moment même de la mort, CUM MORIAR, CUM MORIERIS; et le temps postérieur à la mort, POST MORTEM MEAM, CUM MORTUUS ERIS. Dans le premier cas, l'action devait prendre naissance, soit pour le stipulant, soit contre le promettant, en leur personne même et de leur vivant : car au moment où l'on meurt, l'on vit encore : « Non post mortem... sed ultimo vitæ tempore, » dit Gaius (1). En conséquence la stipulation était valable (2). Nous avons déjà donné la même explication en matière de legs (tom. II, n° 928).

XVI. Item post mortem alterius, recte stipulatur.

16. De même, la stipulation qu'on donnera après la mort d'un tiers est valable.

1365. La règle qui avait fait prohiber par l'ancienne jurisprudence les stipulations POST MORTEM MEAM OU POST MORTEM TUAM était inapplicable ici. La mort d'un tiers formait un terme incertain, que rien n'empêchait d'apposer à une stipulation.

XVII. Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione præcedente responsum sit.

17. S'il est écrit dans l'instrument qu'une personne a promis, elle est considérée comme ayant répondu à une interrogation préalable.

1366. Ce paragraphe est la reproduction littérale d'un fragment des Sentences de Paul (3). Ici l'écrit n'énonce pas d'une manière précise comme ceux dont nous avons donné des exemples ci-dessus, n° 1360, les deux actes qui constituent le contrat verbal, savoir, l'interrogation et la promesse. Il énonce simplement qu'un tel a promis, mais on comprend par là, comme sous-entendu, que l'interrogation préalable a eu lieu : « Intelligendum etiam præcessisse verba stipulationis, » dit Paul (4).—Credendum est præcedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse, » porte une constitution de Sévère et d'Antonin (5). Les solennités requises sont censées avoir été accomplies, du moment que le résultat juridique qui en faisait le but final est énoncé dans l'écrit (6). Sauf, toutefois, le droit de fournir la preuve du contraire (7).

(1) GAI. Comm. 2. § 232. — Le texte du Comm. 3. § 100, sur ce point, est évidemment altéré. — (2) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 45. §§ 1 et 3. f. Ulp. — 12. 6. *De condict. indeb.* 17. f. Ulp. — (3) PAUL. Sent. 5. 7. § 2. — (4) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 134. § 2. f. Paul. — (5) COD. 8. 38. *De contrah. et comm. stip.* 1. const. Sever. et Anton. — (6) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 30. f. Ulp. — (7) DIG. 2. 14. *De pactis.* 7. § 12. f. Ulp. : Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, *rogavit Titius, spopondit Mævius,* hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. »

**XVIII.** Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat : DARE SPONDEO, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ : singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

**18.** Lorsque plusieurs choses sont comprises dans une seule stipulation, si le promettant répond simplement : JE PROMETS DE DONNER, il est lié pour toutes. Mais s'il répond qu'il donnera l'une, ou qu'il donnera quelques-unes de ces choses, l'obligation n'est contractée que pour les choses contenues dans sa réponse. En effet, des diverses stipulations contenues dans l'interrogation, le promettant est censé n'en compléter qu'une ou que quelques-unes; car il faut, pour chaque objet, et la stipulation et la réponse.

1367. Il faut rapprocher ce paragraphe du § 5 qui précède, et bien distinguer les nuances qui séparent les cas régis par eux. Ici il y a dans la stipulation plusieurs objets distincts, ce qui forme véritablement autant de stipulations que d'objets : « Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot species. » — « At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora (1). » Or, ces stipulations étant distinctes, leur sort l'est aussi : les unes peuvent être nulles et les autres valables. STICHUM, PAMPHILUM ET EROTEM DARE SPONDES? SPONDEO : les trois esclaves sont dus, parce que la promesse, étant générale, s'applique à chacun d'eux; STICHUM DARE SPONDEO, Stichus seul est dû, les deux autres ne le sont pas, parce que l'interrogation, à leur égard, est restée sans réponse. « Videris enim ad unam ex stipulationibus respondisse (2). » — Mais si les objets distincts sont stipulés d'une manière alternative, l'un ou l'autre : STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES? il n'y a qu'une seule stipulation d'une nature particulière, une stipulation alternative. Si donc le promettant ne répond que pour un seul : STICHUM SPONDEO, il change le mode de l'obligation, aussi bien que celui qui, interrogé sous condition, répond de donner purement et simplement : dès lors nous tombons dans le cas du § 5; la stipulation est inutile (3).

**XIX.** Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo,

**19.** Nul ne peut, comme nous l'avons dit plus haut, stipuler pour autrui. En effet, cette forme d'obligation n'a été imaginée que pour que chacun acquière ce qu'il a intérêt d'acquérir; or que l'on donne à autrui, le stipulant n'y a aucun intérêt. Toutefois, si l'on veut faire une stipulation semblable, il faut stipuler une peine, de telle sorte que si le promettant n'exécute pas ce qui a été dit, la stipulation de la peine se réalise même pour celui qui n'avait aucun intérêt à cette exécution. En effet, lorsque quel-

(1) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 29. pr. et 86. f. Ulp. — (2) *Ib.* 83. § 4. f. Paul. — (3) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 83. § 2. f. Paul.

si quis stipuletur TITIO DARI, nihil agit; sed si addiderit pœnam : NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES? tunc committitur stipulatio

qu'on stipule une peine, on ne considère pas quel est son intérêt, mais quel est le montant de la clause pénale. Si donc quelqu'un stipule QU'ON DONNERA A TITIUS, l'acte est nul; mais s'il ajoute cette peine : ET FAUTE DE LE FAIRE, RÉPONDS-TU DE ME DONNER TANT? la stipulation produit obligation.

**XX.** Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione cotutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore; quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committetur, vel prædia distrahantur quæ pignori erant, valet stipulatio.

**20.** Mais si quelqu'un stipule pour autrui y ayant intérêt, la stipulation a été reconnue valable. En effet, si celui qui avait commencé l'administration d'une tutelle cède cette administration à son cotuteur, et stipule de lui que les biens du pupille seront sauvegardés, comme il y va de l'intérêt du stipulant qu'il en soit ainsi, parce qu'il est responsable envers le pupille de la mauvaise administration, la stipulation est valable. De même, si quelqu'un stipule qu'on donnera à son procureur; ou bien encore à son créancier, car le stipulant y a intérêt, pour éviter, par exemple, qu'une clause pénale soit encourue, ou que les fonds donnés en gage soient vendus.

**XXI.** Versa vice, qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

**21.** En sens inverse, celui qui promet qu'un autre fera n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait promis lui-même une peine.

1368. Ces trois paragraphes se trouvent suffisamment expliqués par la théorie entière que nous avons exposée ci-dessus, nos 1336 et suiv. — Remarquez, dans le § 20, l'intérêt qu'a le tuteur qui cède l'administration à son cotuteur de stipuler de ce dernier *rem pupilli salvam fore*, puisque les tuteurs sont tous responsables et tenus par l'action de tutelle de l'administration les uns des autres (tom. II, n° 277). De même, l'intérêt qu'a celui qui stipule qu'on donnera à son procureur ou à son créancier est évident (1).

**XXII.** Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.

**22.** Nul ne peut valablement stipuler la chose qui doit être sienne un jour, pour le cas où elle le sera devenue.

1369. C'est une règle de simple raison, qu'on ne peut transférer la création d'un droit à une époque où son existence sera légalement impossible, ni à l'accomplissement d'une condition qui le rendra légalement impossible (2).

**XXIII.** Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti, si

**23.** Si le stipulant a eu dans l'intention une chose, et le promettant une autre, il n'y a pas plus d'obligation que s'il n'y avait pas eu de réponse à la

(1) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 38. §§ 20. 21. 22 et 23. f. Ulp. 118. § 2. f. Papin. — (2) *Ib.* 87. f. Paul. — COD. 5. 3. *De donat. ante nupt.* 4. const. Gordian.

hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris quem Stichum vocare credideris.

demande; par exemple, si quelqu'un a stipulé de toi Stichus, et que tu aies eu dans l'intention Pamphile, que tu croyais se nommer Stichus.

**1370.** C'est le cas d'examiner ici le rôle que joue la volonté, le consentement, dans le contrat par stipulation. — Le principe premier de ce contrat, comme de tout autre, est, sans nul doute, l'accord de volonté entre les parties, leur mutuel consentement : « Stipulatio ex utriusque consensu valet, » dit Paul ; « ex utriusque consensu perficitur, » dit Venulejus (1). Mais la cause civile d'obligation, c'est la prononciation des paroles exprimant ce consentement en une interrogation d'une part et en une réponse conforme de l'autre. Or, s'il y a erreur entre les parties, que décidera-t-on ? Les jurisconsultes romains formulent en axiome de droit cette vérité : « Non videntur qui errant consentire (2) ; d'où la conséquence générale que dans tous les contrats, soit de bonne foi, soit même de droit strict, l'erreur est une cause de nullité (3). Mais il y a bien des nuances dans l'erreur ; elle peut tomber sur tel ou sur tel autre points bien différents : quel sera celui où elle entraînera nullité, celui où elle cessera de produire cet effet ? Cette question délicate n'est pas envisagée par le droit romain de la même manière pour tous les contrats. Elle se trouve résolue plus largement dans les uns que dans les autres, selon leur nature diverse. Dans la stipulation, où le consentement, pour obliger, doit être, pour ainsi dire, matérialisé dans la prononciation des paroles, il en est de même de l'erreur entraînant nullité : il faut que ce soit une erreur matérielle, sur le corps même, sur l'individu (*species*) ou sur le genre (*genus*) stipulés et promis ; en un mot, comme dit notre texte, *de alia re*. Par suite d'une erreur, nous avons en vue, vous Pamphile, moi Stichus ; vous tel cheval, moi tel autre ; vous du vin, moi de l'huile. « Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio : nihil acti erit ; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur (4). » Mais du moment qu'il y a assentiment mutuel sur le corps, bien qu'erreur sur la substance, par exemple, du cuivre pris pour de l'or, le contrat verbal est valable, sauf les remèdes prétoriens, s'il y a lieu (5).

---

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. § 1. f. Paul., 137. § 1. fr. Venulej. — (2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 116. § 2. f. Ulp. — (3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 57. f. Pomp. : « In omnibus negotiis contrahendis, sive bonæ fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, (*puta*) qui emit aut qui conducit, aliud qui cum eo contrahit : nihil valet quod acti sit. » — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 137. § 1. f. Venulej.; 83. § 1. f. Paul. — (5) *Ib.* 22. f. Paul. : « Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine : quoniam in corpore consenserimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. » — Il n'en était pas de même dans la vente, du moins de l'avis de certains jurisconsultes. Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 9. § 2. f. Ulp.

1371. Le dol (*dolus malus :* voir tom. I, *Génér.,* n° 165), à moins qu'il n'eût produit une erreur sur le corps même de la chose, auquel cas on tomberait dans la règle précédente, le dol n'est pas une cause de nullité de la stipulation ; le consentement, les paroles s'y trouvent, l'obligation existe : sauf également les secours prétoriens pour obvier à ces conséquences contraires à l'équité. « Si quis, cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est : erit quidem subtilitati juris obstrictus; sed doli exceptione uti potest (1). »

1372. La violence elle-même (*vis metus :* voir tom. I, *Génér.,* n° 165) n'est pas une cause de nullité de la stipulation; les jurisconsultes romains reconnaissaient bien que rien n'est plus contraire à la volonté, au consentement, que la violence (2); toutefois quand il s'agissait d'un acte de droit civil, accompli sous l'empire de la violence, ils disaient : *tamen coactus volui;* placé entre l'alternative ou du mal dont j'étais menacé ou du consentement exigé de moi, j'ai choisi entre ces deux partis, j'ai donné ce consentement, *coactus volui :* et cet acte produisait ses effets civils (3) ; ce qu'il ne faut pas attribuer seulement à l'influence de la philosophie stoïcienne et à son mépris pour la douleur ou pour la crainte, mais bien aux principes rigoureux et formalistes du vieux droit romain. La philosophie et le droit des gens ont fait intervenir le secours prétorien pour porter remède à ces rigueurs. Ainsi, le contrat verbal formé par suite de la violence sera valable, sauf les recours accordés par le préteur. « Dolo vel metu adhibito, actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit : per doli mali tamen vel metus exceptionem summoveri petitio debet (4). » D'autres remèdes prétoriens que l'exception peuvent aussi exister, notamment celui d'une restitution.

**XXIV.** Quod *turpi ex causa* promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

**24.** La promesse faite *pour une cause honteuse*, par exemple, celle de commettre un homicide ou un sacrilége, est nulle.

1373. *Turpi ex causa.* Soit que la stipulation ait directement pour objet un fait illicite ou immoral à commettre, ou un devoir à omettre ; soit qu'ayant pour objet une somme d'argent, ou toute autre chose qui peut être valablement stipulée, elle soit motivée sur de pareils faits accomplis ou à accomplir : « Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti (5) ; » — « Si flagitii

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 36. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 116. pr. f. Ulp. : « Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus. » — Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 1. f. Ulp « ... propter necessitatem impositam contrariam voluntati. » — (3) Dig. 4. 2 *Quod met. caus.* 21. § 5. f. Paul. « Quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. » — (4) Cod. 8. 39. *De inutil. stip.* 5. const. Dioclet. et Maxim. — 8. 38. *De contr. et comm. stip.* 9. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 26. f. Ulp.; et 27. f. Pomp.

faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet (1). » Ou soit enfin que ces faits entrent comme condition dans la stipulation, selon ce que nous avons expliqué en traitant des conditions contraires aux lois ou aux mœurs (n° 1357).

**XXV.** Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte.

**25.** Dans une stipulation conditionnelle, bien que le stipulant meure avant l'accomplissement de la condition, dès que cet accomplissement, même postérieur, a eu lieu, l'héritier peut agir. De même, du côté du promettant.

1374. Ce principe nous est connu; nous savons que dans les contrats, même en cas d'obligation conditionnelle, c'est à l'époque du contrat que le droit, tout éventuel qu'il est, est fixé en la personne des contractants, acquis à l'un et imposé à l'autre; par conséquent transmissible à leurs héritiers, à moins que sa nature particulière ne s'y oppose (ci-dessus, n° 1253).

**XXVI.** Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet.

**26.** Celui qui a stipulé qu'on lui donnera une chose dans telle année ou dans tel mois, ne peut la demander régulièrement qu'après que toutes les parties de l'année ou du mois sont écoulées.

**XXVII.** Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit quo traditio fieri possit.

**27.** Si tu stipules la dation d'un fonds ou d'un esclave, tu ne peux pas agir immédiatement : il faut que le temps nécessaire pour pouvoir opérer la tradition soit écoulé.

1375. Les règles contenues en ces paragraphes nous sont déjà connues, par ce que nous avons vu ci-dessus (tit. 15, § 2, n° 1247), sur les stipulations à terme.

1376. Terminons par une observation capitale en cette matière. La cause productrice d'obligation dans le contrat verbal, ce sont les paroles mêmes (*verbis obligatio*). A moins de stipulations honteuses ou prohibées, il n'y a pas à s'inquiéter de savoir à quelle occasion et pour quel motif le promettant a fait sa promesse; si quelque fait antérieur, ou quelque intention de libéralité, ou quelque engagement pris envers lui, motive et justifie rationnellement son obligation. Les paroles ont été prononcées, la promesse a été faite : donc l'obligation existe; et c'est par le contenu des paroles qu'il faut la juger et la déterminer. Tel est le strict droit civil des Romains : c'est la forme, ce sont les *verba* qui constituent la *cause juridique* de l'obligation. — Cependant, en fait, ces paroles ne sont intervenues, le promettant n'a fait cette promesse, que par un motif quelconque. Ou il avait à remplir quelque obligation antérieure, à réparer quelque dommage, à compenser quelque avantage par lui retiré ou à retirer; ou bien le stipulant,

(1) *D.* 123. f. Papin.

de son côté, s'est obligé à quelque chose envers lui ; ou, enfin, il a voulu faire une libéralité. Voilà les motifs de fait, les causes rationnelles qui ont pu déterminer et qui justifient son obligation. Fréquemment, c'était à l'occasion des prêts de consommation (*mutuum*), et surtout de prêts d'argent, que se faisaient les stipulations. L'argent était compté, et la stipulation faite immédiatement après (1) ; ou bien la stipulation faite d'avance, et les espèces comptées ensuite. L'écrit (*cautio*) rédigé pour constater la stipulation commençait généralement par l'exposition des circonstances qui l'avaient motivée (voir ci-dessus, n° 1360, avec la note 4). Mais il ne faut pas confondre ces causes de fait, causes purement rationnelles, avec la cause juridique, la cause productrice de l'obligation : à savoir, dans le contrat verbal, la prononciation des paroles. Le droit civil ne considérait que cette dernière. — Cependant la philosophie des jurisconsultes, l'équité prétorienne portèrent l'attention sur les autres. On reconnut injuste que le promettant fût lié quand la stipulation avait lieu sans cause, ou, pour mieux dire, quand le fait pour lequel elle avait été faite était faux ou n'avait pas été exécuté : par exemple, quand le stipulant n'avait pas compté les espèces promises par lui et stipulées à l'avance. Dans de pareils cas, selon le droit strict, en vertu des seules paroles, l'obligation existe ; mais par le secours de l'exception, on donnera au promettant le moyen de se défendre contre l'action du créancier (2). C'est la cause réelle, la cause philosophique et rationnelle de l'obligation qui surgit et qui tend à se substituer à la cause formaliste du droit civil.

(1) Dig. 46. 2. *De novationibus*. 6. § 1. f. Ulp. : « Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est : idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit. » — 7. f. Pompon. : « Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari : quia id agitur, ut sola stipulatio teneat ; (et) magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. » — (2) Dig. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 3. f. Ulp. : « Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur : exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, cum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit ; et si certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est : dicendum erit nocere exceptionem. » Dig. 12. 1. *De reb. credit*. 30. f. Paul. : « Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo, se (ei) obstringat. » (En ce sens qu'il est lié selon le droit strict, mais que, s'il ne reçoit pas les espèces, il aura l'exception.) — Cod. 4. 30. *De non numerata pecunia*. 9. const. Dioclet. et Maxim. « Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit ; in factum (esse) dandam exceptionem convenit. — Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 13. § 2.

### Des *stipulations et des promesses accessoires à une stipulation et à une promesse principales : — ou des adstipulateurs* (adstipulatores), *et des adpromettants* (adpromissores).

1377. Nous avons déjà vu (ci-dessus, n°s 1264 et suiv.) que le mécanisme du contrat verbal chez les Romains était tel que, pour le même objet d'obligation, il pouvait intervenir soit plusieurs stipulants, soit plusieurs promettants; — que les interrogations et les réponses pouvaient être combinées, liées entre elles, de manière à ne former qu'un seul tout, qu'un seul contrat verbal; auquel cas il y avait des costipulants (*co-rei stipulandi*), des copromettants (*co-rei promittendi*); — ou bien qu'elles pouvaient être distinctes, de manière à former un contrat par paroles principal, et des contrats verbaux accessoires, intervenus pour garantir, pour fortifier les effets du premier : ce qui constitue des adstipulants (*adstipulatores*), ou des adpromettants (*adpromissores*) (1). Dans le premier cas, c'est stipuler ou promettre conjointement avec un autre (*cum alio*); dans le second, c'est stipuler ou promettre accessoirement à un autre (*ad*), et pour un autre (*pro alio*). Un caractère commun à ces dernières stipulations ou obligations, c'est qu'elles sont toutes l'accessoire du contrat principal : « Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, » dit Gaius (2); qu'elles ont toutes pour but de faciliter, fortifier ou garantir les effets de ce contrat; enfin, et comme conséquence, qu'elles ne peuvent porter sur un objet différent (3). — Le cas des *co-rei* a déjà été traité par nous; il faut nous occuper du second.

### *De l'adstipulateur* (adstipulator).

1378. Il pouvait être utile au stipulant que l'action résultant de la stipulation ne fût pas bornée exclusivement à sa personne; qu'un autre que lui, en qui il aurait toute confiance, en fût investi, pût l'exercer, recevoir ou exiger le payement pour son compte Les cas de voyage, d'absence, d'inaptitude aux affaires, ou de désir de ne pas s'en charger personnellement, motivaient suffisamment cette utilité. Or, la rigueur du principe primitif s'opposait à ce qu'on pût y satisfaire à l'aide d'une procuration : on ne pouvait plaider par procureur. Lorsque, plus tard, cette faculté fut admise, ce ne fut qu'avec des garanties et des formes plus embarrassantes dans le procès. D'un autre côté, le principe que le droit et l'action résultant de la stipulation sont exclusivement attachés à la personne de celui qui a prononcé les paroles était

(1) Voyez l'expression générale d'*adpromissores*, dans un fragment de Pomponius, Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 5. § 2. f. Pomp. — (2) Gai. Comm. 3. § 126. — (3) *Ib.* §§ 113 et 126.

là. On tira de ce principe même le moyen de parvenir au but. Ce moyen fut, pour le stipulant, d'employer une autre personne, qui, procédant en qualité de son adjoint, stipulât du même débiteur le même objet, par un second contrat verbal accessoire au premier : « Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus (1). »

Telle est, selon moi, l'origine et l'utilité de l'adstipulateur (*adstipulator*), que le manuscrit de Gaius nous a fait connaître avec quelques détails. C'est rétrécir singulièrement l'institution, c'est prendre un point accessoire et postérieur pour le caractère principal et originaire, que de s'attacher, comme on le fait communément, à l'unique utilité qui resta plus tard à l'adstipulateur, pour les stipulations *post mortem suam*. Lorsque Cicéron, dans sa harangue contre Pison, arrive à ces paroles : « At quærebat » etiam paulo ante de me, quid suo mihi opus fuisset auxilio : » cur non meis inimicis, meis copiis præstitissem? Quasi vero, » non modo ego, qui multis sæpe auxilio fuissem, sed quisquam » tam inops fuerit unquam, qui isto non modo propugnatore, » tutiorem se, sed advocato aut *adstipulatore*, paratiorem fore » putaret (2), » on voit que l'adstipulateur est mis sur la même ligne que le défenseur (*propugnatore*), plus spécialement encore que l'orateur qui nous défend en justice (*advocato*), et qu'il s'agit d'une utilité, d'une protection à en retirer de son vivant, pour ne pas s'abandonner à ses propres ressources (*cur non meis copiis præstitissem*). L'origine de l'adstipulateur est donc dans l'impossibilité primitive de se faire représenter dans les actes juridiques et de plaider par procureur. Son caractère est celui d'un mandataire à l'égard du stipulant principal, et celui d'un créancier par stipulation à l'égard du promettant. De ce double caractère découleront les règles particulières à cette sorte d'intervention.

1379. L'adstipulation ne pouvait intervenir qu'à la suite et comme accessoire d'une première stipulation; aucun autre contrat n'en était susceptible. Sans doute, dans les temps primitifs, la formule employée était la formule romaine SPONDESNE? SPONDEO. Mais du moment que d'autres expressions eurent été admises pour la stipulation, elles le furent en conséquence pour l'adstipulation. Et il n'était pas nécessaire, nous dit Gaius, que l'adstipulateur employât précisément celles dont le stipulant principal s'était servi. Celui-ci, par exemple, ayant ainsi interrogé : DARI SPONDES? l'adstipulateur pouvait interroger en ces termes : « IDEM FIDE TUA PROMITTIS? ou IDEM FIDEJUBES? » et réciproquement (3).

1380. L'adstipulateur ne peut stipuler ni autre chose que ce qu'a stipulé le stipulant principal, car il s'agit de fortifier le

(1) GAI. Comm. 3. § 110. — (2) CICÉRON. *In Pison*. § 9. — (3) GAI. Comm. 3. § 112.

premier contrat, et non pas de créer une obligation nouvelle et distincte ; ni plus, car tout ce qui est en plus est autre chose ; d'ailleurs, comme dit Gaius, « nec plus in accessione esse potest, quam in principali (1). » Ce serait adstipuler plus, que d'adstipuler purement et simplement, quand la stipulation principale est à terme ou sous condition. Mais rien n'empêche que l'inverse n'ait lieu et que l'adstipulation ne contienne moins que la stipulation principale (2) ; car on peut ne vouloir fortifier celle-ci que pour partie, dans de certaines limites ou sous certaines conditions.

1381. L'adstipulation a cela de particulier (*in hoc autem quædam singulari jure observantur*), que le droit et l'action qui en résultent ne sont attribués qu'à l'adstipulateur seul individuellement, et ne peuvent être acquis ni transmis par lui à aucun autre, pas même à ses héritiers. Il est facile de se rendre compte de cette singularité ; puisque l'adstipulateur n'est que l'adjoint, l'homme de confiance du stipulant principal, celui à l'aide duquel on supplée aux insuffisances du mandat ordinaire, cette confiance s'arrête à lui individuellement. Il suit de là que l'esclave qui ne peut stipuler valablement, si ce n'est pour son maître, ne peut être adstipulateur, ainsi que nous l'avons déjà dit (ci-dessus, n° 1299) ; la même décision avait prévalu (*magis prævaluit*), à l'égard de l'homme libre *in mancipio*, à cause de son assimilation à l'esclave (*nam et is servi loco est*). Quant au fils de famille, pouvant stipuler valablement de son chef, il pouvait être *adstipulateur* (voir ci-dessus, n° 1299). Mais le droit résultant de l'adstipulation n'était pas acquis au père, puisque c'était un droit tout individuel ; le fils de famille ne pouvait pas non plus, à l'instant même, l'exercer utilement, puisqu'il était en la puissance d'autrui : il fallait donc attendre qu'il fût devenu *sui juris*. Pourvu encore qu'il le fût devenu sans diminution de tête (par exemple, par son élévation à la dignité de flamine, ou par la mort du chef) ; car cette diminution, changeant sa personne juridique, aurait éteint le droit qui sommeillait en lui. La fille de famille et la femme *in manu* étaient, en ce point, sous la même règle (3).

1382. L'adstipulateur étant, à l'égard du promettant, un véritable créancier par stipulation, avait, aussi bien que le stipulant principal, l'action née du contrat, le droit de recevoir valablement le payement, et même celui de libérer gratuitement le débiteur par acceptilation : la créance éteinte pour l'un l'était également pour l'autre. Mais comme à l'égard du stipulant principal, l'adstipulateur n'était qu'un mandataire, il était tenu par l'action de mandat (*mandati judicio*) de lui rendre compte de ses faits et de lui restituer tout ce qu'il avait obtenu du débiteur (4). Dans

(1) GAI. Comm. 3. § 126. — (2) *Ib.* § 113. — (3) *Ib.* § 114. — (4) *Ib.* § 111.

le cas où il aurait libéré ce dernier gratuitement, comme il aurait ainsi détruit la créance et causé injustement un préjudice au stipulant principal, il aurait même été tenu envers celui-ci par l'action de la loi AQUILIA, qui contenait un chapitre spécial à ce sujet (1), ainsi que nous le verrons plus loin (ci-dessous, liv. 4, tit. 3, § 12).

1383. L'adstipulation rendant un tiers, entièrement et sans révocabilité, maître de la créance pour le compte du créancier principal, avait, comme on le voit, ses dangers. Du moment que la faculté d'agir par procureur fut admise, avec une extension et des facilités toujours croissantes, ce moyen, plus simple et plus sûr, dut faire tomber l'emploi de l'adstipulation. Cependant on avait déduit de cet emploi une utilité qui se conserva plus longtemps. Comme nul ne pouvait stipuler valablement pour un temps postérieur à sa propre mort (*post mortem suam*), ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, n° 1361, on imagina de s'adjoindre, en pareil cas, un adstipulateur, afin qu'il pût agir après la mort du stipulant principal, et tenir compte aux héritiers de ce dernier, par l'action *mandati*, de tout ce qu'il aurait obtenu. Ici l'adstipulation a pour but de donner, au moyen d'un détour, force et effet à une stipulation qui, sans cela, resterait inutile. Nous voyons par Gaius que, de son temps, on n'employait plus guère l'adstipulation qu'à cet usage (2). Cette dernière utilité disparaît elle-même du moment que Justinien valide les stipulations *post mortem suam;* et avec elle, non-seulement l'emploi, mais encore le nom des adstipulateurs, qui ne se retrouve plus dans les textes de Justinien, et dont la notion exacte ne nous a été révélée que par le manuscrit de Gaius.

### *Des* sponsores *et des* fidepromissores.

1384. De même qu'un tiers peut être adjoint au stipulant principal, pour stipuler la même chose accessoirement à lui et pour lui : de même peut-il être adjoint au promettant, pour promettre la même chose accessoirement à lui et pour lui. « Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari (3). » Le but de cette adjonction est de garantir, de mieux assurer au créancier l'exécution de l'engagement, en lui donnant plusieurs obligés. Cette sûreté (*cautio*) offrant une utilité pratique bien plus générale que celle de l'adstipulation, son emploi était bien plus fréquent (4). Il n'est même pas resté limité aux seules obligations contractées

(1) GAI. Comm. 3. §§ 215 et 216. — (2) *Ib.* § 117 : « Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur quod stipulando nihil agimus; adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat : qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati judicio, heredi (nostro) tenetur. » — (3) GAI. Comm. 3. § 115. — (4) GAI. Comm. 3. § 117 : « Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores sæpe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit. »

par paroles : à l'aide de quelques variations de forme, il a été généralisé, étendu à toutes obligations, de quelque source qu'elles vinssent, et, dans cette dernière extension, il s'est toujours maintenu. C'est la formule employée pour interroger l'adpromettant, qui a servi à obtenir cette extension. Les termes de l'interrogation n'ont donc pas été tenus ici pour indifférents, comme ils l'étaient à l'égard de l'adstipulateur. De leur différence, au contraire, sont nées les diverses classes d'adpromettants.

1385. La formule civile, exclusivement propre aux seuls citoyens romains, SPONDES? et celle de FIDEPROMITTIS? admise comme équivalente afin de permettre aux *peregrini* l'usage de ces adpromissions (1), sont restées sous l'empire des premiers principes. Une troisième formule, FIDEJUBES? a été introduite pour sortir des limites étroites de ces principes. De là trois classes d'adpromettants : le *sponsor*, interrogé en ces termes, IDEM DARI SPONDES? le *fidepromissor*, interrogé par cette formule, IDEM FIDEPROMITTIS? et le fidéjusseur (*fidejussor*), par celle-ci, IDEM FIDE TUA ESSE JUBES (2)? Traitons d'abord des deux premiers, puisqu'ils forment la règle première. Ils se confondent, du reste, l'un avec l'autre presque en totalité, puisque la *fidepromissio* n'est autre chose que la *sponsio* mise à la portée des *peregrini* (3). La seule différence consiste en certains avantages accessoires, accordés particulièrement et d'une manière exclusive au *sponsor*.

1386. Il y a entre l'*adstipulator* d'une part, et le *sponsor* ou *fidepromissor* de l'autre, un parallélisme bien remarquable. Ces deux institutions sont absolument la contre-partie l'une de l'autre. Ce que l'une est à la stipulation, l'autre l'est à la promesse. — Ainsi, de même que l'adstipulateur, le *sponsor* ou le *fidepromissor* ne peuvent accéder qu'à des obligations contractées par paroles : « Nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum (4) ; » car ainsi que l'adstipulateur est un adjoint à un stipulant principal, pareillement ceux-ci sont des adjoints à un promettant principal (5). — De même que l'adstipulation pouvait être employée pour remédier à la nullité de la stipulation faite

(1) GAI. Comm. 3. § 120. — (2) *Ib.* § 116. — Si l'interrogation avait été faite ainsi : IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? quel nom donnerait-on à ce promettant accessoire, et quel serait le résultat? Gaius annonce devoir s'en expliquer, mais son explication ne se retrouve plus dans le manuscrit. — (3) *Ib.* § 118 : « Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis. » — (4) GAI. Comm. 3. § 119. — (5) Il me paraît hors de doute que ni les uns ni les autres ne pouvaient intervenir à l'avance ; il est probable, en outre, qu'ils ne le pouvaient pas non plus après coup, mais qu'ils devaient s'adjoindre immédiatement à la suite du contrat principal (DIG. 46. 1. *De fidejuss.* 6. pr. f. Ulp.) ; comme dans la comédie de PLAUTE, en ces deux vers qui embarrassent si singulièrement les traducteurs (*Trinummus*, acte 5, scène 2, vers 38 et 39) :

LYSITELES. « Filiam tuam spondes mihi uxorem dari?
CHARMIDES. Spondeo.
CALLICLES. Et ego spondeo idem hoc. »

par le stipulant principal *post mortem suam*, de même la *sponsio* ou la *fidepromissio* pouvaient l'être pour remédier à la nullité de la promesse faite par le promettant principal *post mortem suam;* ou à d'autres nullités provenant de causes personnelles à ce dernier, par exemple de ce qu'étant impubère, il aurait promis sans autorisation de son tuteur (1). — La règle qu'il ne peut être stipulé, dans le contract accessoire, ni autre chose ni plus que dans le contrat principal, mais que rien n'empêche de stipuler moins, est commune à la *sponsio* et à la *fidepromissio* aussi bien qu'à l'*adstipulatio* (2). — De même que le droit de l'adstipulateur lui est exclusivement personnel et non transmissible à ses héritiers, de même l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne passe pas à leurs héritiers : Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur (3). » Enfin, de même que l'adstipulateur, créancier par stipulation à l'égard du promettant, n'est à l'égard du stipulant principal qu'un mandataire, tenu, par l'action *mandati*, de lui restituer ce qu'il a perçu; de même le *sponsor* ou le *fidepromissor*, débiteur par promesse verbale à l'égard du stipulant, n'est, dans ses rapports avec le promettant principal, qu'un mandataire qui a le droit, par l'action *mandati*, de se faire rembourser de ce qu'il a payé (4).

1387. Divers plébiscites, importants à remarquer dans l'histoire du droit romain, et dont l'existence et quelques dispositions nous sont révélées par Gaius, avaient réglé successivement la matière des *sponsores* et des *fidepromissores*.

1° La loi Apuleia (*de sponsu :* an de Rome 652, 102 avant J. C.), applicable même hors de l'Italie, d'après laquelle il existait de plein droit une sorte de société entre les *sponsores* ou *fidepromissores*, lorsqu'ils étaient plusieurs; de telle sorte que si l'un d'entre eux avait payé plus que sa part, il pouvait répéter cet excédant contre les autres, par l'action *pro socio* (5). Une autre disposition, appartenant à une loi dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gaius, probablement la même que la précédente, exigeait que le créancier qui devait recevoir des *sponsores* ou des *fidepromissores*, déclarât hautement et à l'avance (*prædicet palam et declaret*) pour quel objet et combien il allait en recevoir : faute de quoi, les *sponsores* et les *fidepromissores* avaient trente jours pour faire constater judiciairement que la déclaration voulue n'avait pas eu lieu, et ce fait constaté, ils étaient libérés (6).

(1) Gai. Comm. 3. § 119. — (2) Gai. Comm. 3. § 126. — (3) *Ib.* § 120 : sauf, à l'égard des pérégrins, le droit local de leur cité. — (4) *Ib.* § 127. — (5) *Ib.* § 122. — (6) Gai. Comm. 3. § 123. — Il est naturel que la loi Apuleia ayant établi une société de plein droit entre les *sponsores* ou *fidepromissores*, ait voulu qu'avant leur engagement il leur fût déclaré hautement pour quel objet et en quel nombre ils allaient être associés : deux points importants, pour juger l'étendue de leur obligation.

1388. 2° La loi Furia (*de sponsu :* par conjecture, an de R. 659, 95 av. J. C.), applicable à l'Italie seulement, d'après laquelle l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne durait que deux ans (*biennio liberantur*), et se divisait de plein droit, dans cet intervalle, lorsqu'il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, entre tous ceux qui existaient au moment de l'exigibilité (*eo tempore quo pecunia peti potest*), de sorte qu'ils ne pouvaient être actionnés que chacun pour sa part virile (1).

1389. 3° Une loi Cornelia (sous Cornélius Sylla, an de R. 673, 81 av. J. C.), où il commence à ne plus être question des seuls *sponsores* et *fidepromissores*, mais dont les dispositions étaient générales, et qui, sauf quelques créances traitées avec plus de faveur et spécialement exceptées, défendait que la même personne pût s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année (*idem, pro eodem, apud eundem, eodem anno*), au delà de XX mille; somme passé laquelle l'engagement n'était pas valable (2).

1390. Enfin une loi Publilia, dont la date nous est inconnue, qui attribuait aux seuls *sponsores* un bénéfice particulier : celui de pouvoir réclamer contre l'obligé principal la restitution de ce qu'ils avaient payé pour lui, par une action spéciale, *actio depensi*, entraînant, en cas de contestation de sa part, une condamnation au double (*adversus inficiantem in duplum*). Les *fidepromissores* ne participaient pas à cet avantage (3).

## TITULUS XX. — TITRE XX.

### DE FIDEJUSSORIBUS. — DES FIDÉJUSSEURS.

1391. La sûreté donnée par les *sponsores* et par les *fidepromissores* était restreinte en des limites bien étroites. Par l'origine et la nature même de l'institution, elle ne pouvait accéder qu'à des obligations formées par paroles, et elle ne survivait pas aux répondants. Cependant la même utilité de faire cautionner sa

(1) Gai. Comm. 3. § 121. — Cod. 7. 40. *De annali exceptione italici contractus tollenda.* — (2) Gai. Comm. 3. §§ 124 et 125. — Il est question au Digeste de cette loi Cornelia : 11. 5. *De aleatoribus*. 3. f. Marcian. — C'est une chose digne de remarque, que les deux lois Apuleia et Furia, les premières en date, ne parlent que des *sponsores* et des *fidepromissores*. Celle qui suit, la loi Cornelia, dispose pour toutes les sortes de garants, même pour les fidéjusseurs. N'est-il pas naturel de penser que dans l'intervalle de quinze ans qui les sépare, pour éviter les restrictions des deux premières lois, surtout celles si étroites de la loi Furia, l'emploi des fidéjusseurs s'obligeant par une autre formule, et par conséquent échappant à ces règles, avait été, sinon inventé, au moins multiplié; qu'il était entré dans l'usage quotidien des affaires, comme le moyen de répondre plus largement et plus sévèrement des dettes d'un autre : de telle sorte que la loi Cornelia apporte ses limitations aussi bien à ces fidéjussions, qu'aux sponsions et aux fidépromissions? — (3) Gai. Comm. 3. § 127. et Comm. 4. § 9. — Paul. Sent. 1. 19. § 1. — Voir aussi Gai. Comm. 4. § 22, relativement à l'action de la loi, *manus injectio*, accordée aux *sponsores* par la loi Publilia et par la loi Furia.

créance existait pour toutes les obligations quelconques, et l'on pouvait désirer une sûreté moins périssable. De là le besoin d'échapper, par l'emploi d'une autre formule, à la rigueur des principes. Ce besoin fut bien plus vif encore lorsque par la loi FURIA l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* se trouva limitée à deux ans et divisée entre eux de plein droit et par tête. De là l'origine et la cause de propagation de l'emploi des fidéjusseurs, qui finirent par supplanter, dans la pratique des affaires, les *sponsores* et les *fidepromissores*, et même par les faire oublier. Sous Justinien, il n'est plus question, en réalité, de ces derniers, quoique leur nom se retrouve encore quelquefois dans les textes, même postérieurs au Digeste, aux Instituts et au Code (1).

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

Il est d'usage que pour le promettant s'obligent aussi d'autres personnes, nommées fidéjusseurs, que les créanciers ont coutume de se faire donner, pour augmenter leurs sûretés.

I. *In omnibus autem obligationibus* adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest *utrum civilis an naturalis* sit obligatio cui adjiciatur fidejussor; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.

1. Les fidéjusseurs peuvent accéder *à toute obligation*, qu'elle soit formée par la chose, par paroles, par écrit, ou par le consentement. Peu importe même que l'obligation soit *civile ou naturelle*; à tel point qu'un fidéjusseur peut s'obliger pour un esclave, soit envers un étranger, soit envers le maître lui-même, pour ce qui lui est dû naturellement.

1392. *In omnibus obligationibus*. C'est le principal avantage obtenu par l'introduction de la fidéjussion; cette sorte de caution peut accéder non-seulement à l'obligation par paroles, mais à toute espèce d'obligations : « Omni obligationi fidejussor accedere potest (2); » même à celles provenant de délits (3).

*Utrum civilis an naturalis*. Pour que l'accession d'un fidéjusseur pût avoir lieu, il fallait nécessairement qu'il y eût une obligation principale (4); mais pourvu qu'il y en eût une (*dummodo sit aliqua*), peu importait qu'elle fût civile, prétorienne, ou même simplement naturelle. « Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua civilis vel naturalis obligatio cui applicetur (5). » De sorte qu'il pourra arriver que le débiteur principal ne soit tenu que d'une action prétorienne, ou même ne soit soumis à aucune action (voir ci-dessus, n° 1184), tandis que le fidéjusseur sera

(1) Voir la Novelle 4 de Justinien (an 539 de J. C.) : *De fidejussoribus et mandatoribus, sponsoribus*, etc.; chap. 1 et 2. — (2) DIG. 46. 1. *De fidejussoribus et mandatoribus* 1. f. Ulp.; 2. f. Pomp.; 8. § 1. f. Ulp.; 16. § 3. f. Julian.—Sauf la prohibition exceptionnelle insérée au CODE : 5. 20. *Ne fidejussores vel mandatores dotium dentur*. — (3) *Ib.* 8. § 5. f. Ulp ; 56. § 3. f. Paul.; 70. § 5. f. Gai. — (4) DIG. 14. 6. *De senat. cons. Macedon.* 18. f. Venulej. — (5) DIG. 46. 1. *De fidej.* 16. § 3. f. Julian.; 6. § 2. f. Ulp.; et 7. f. Julian.

tenu de l'action civile résultant de sa promesse de garantie. En effet, il intervient précisément pour garantir et fortifier l'obligation principale; rien n'empêche donc qu'il ne soit lié d'une manière plus solide et plus efficace. — L'exemple donné par le texte est saillant : le fils de famille, l'esclave même, ayant contracté envers le chef quelque obligation, qui ne peut être qu'une obligation naturelle, celui-ci en pourra stipuler d'un fidéjusseur la garantie. Mais l'inverse ne pourrait avoir lieu. En effet, dans le cas d'une obligation naturelle de la part du père de famille envers son fils ou son esclave, si ceux-ci stipulaient une fidéjussion, l'action civile qui en résulterait serait acquise au père, puisqu'ils ne peuvent stipuler que pour lui : c'est-à-dire que le père se trouverait à la fois le débiteur naturel de la dette et le créancier civil de la garantie. Résultat inadmissible (1).

**II.** Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit.

**2.** Le fidéjusseur non-seulement s'oblige lui-même, mais il oblige encore ses héritiers.

1393. C'est encore un des avantages de la *fidéjussion*. La garantie ne s'évanouira ni par la mort des fidéjusseurs, ni par le délai de deux ans de la loi FURIA, comme il arrivait pour les *sponsores* et les *fidepromissores* (2).

**III.** Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest.

**3.** La fidéjussion peut précéder ou suivre l'obligation principale.

1394. A la différence de la *sponsio* et de la *fidepromissio*, qui, selon toute probabilité, ne pouvaient précéder la stipulation principale, et qui peut-être même devaient la suivre immédiatement, sans qu'il fût possible de les ajouter après coup (voir ci-dessus, n° 1386, note 5). Rien de cela n'a lieu pour la fidéjussion (3). — Bien entendu que lorsque la fidéjussion est faite à l'avance, son effet reste en suspens (*in pendenti est*), et ne se réalise que par l'existence de la dette principale (4).

**IV.** Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, *singuli in solidum* teneantur; itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex *epistola divi Hadriani* compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt *litis contestatæ tempore*, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, *hoc ceteros onerat*. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit; et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistola

**4.** S'il y a plusieurs fidéjusseurs, tous, tant qu'il y en a, sont tenus, *chacun pour le tout* : en conséquence, il est libre au créancier de poursuivre celui qu'il veut, pour le tout. Mais, d'après *un rescrit du divin Adrien*, le créancier est forcé de diviser son action entre tous ceux qui sont solvables lors de la *litis contestatio*, de sorte que si l'un d'eux est insolvable à cette époque, *cela grève les autres d'autant*. Mais si le créancier a obtenu la totalité de l'un des fidéjusseurs, celui-ci, en cas d'insolvabilité du débiteur principal,

(1) DIG. 46. 1. *h. tit.* 70. § 3. f. Gai.; et 56. § 1. f. Paul. — (2) *Ib.* 4. § 1. f. Ulp. — (3) *Ib.* 6. pr. et § 2. f. Ulp. — (4) DIG. 5. 1. *De judiciis*. 35. f. Javolen.; 46. 1. *h. tit.* 57. f. Scævol

divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio.

en supportera seul le détriment; et il doit se l'imputer, puisqu'il aurait pu recourir au rescrit du divin Adrien, et demander que l'action ne fût donnée contre lui que pour sa part.

1395. Les fidéjusseurs étaient en dehors des dispositions de la loi FURIA (ci-dessus, n° 1388); ils restaient sous la règle commune des stipulations. Si donc ils étaient plusieurs pour une même créance, à moins qu'ils n'eussent fait seulement une promesse pour partie(1), ils étaient obligés chacun pour la totalité (*singuli in solidum*), sans même que cela eût été exprimé (2), parce que tel était le résultat naturel de leur réponse : IDEM FIDEJUBES? FIDEJUBEO. En conséquence, le créancier était libre d'agir contre celui d'entre eux qu'il voulait pour la totalité. Le texte indique comment un édit de l'empereur Adrien (*epistola divi Hadriani*) vint au secours des fidéjusseurs, de même que la loi FURIA était venue au secours des *sponsores* et des *fidepromissores* (3). Remarquez, toutefois, entre les dispositions de cet édit et celles de la loi FURIA : 1° qu'à l'égard des fidéjusseurs, l'action du créancier ne se divise pas de plein droit, mais qu'il faut que le fidéjusseur attaqué demande cette division; 2° que la division n'a pas lieu, comme d'après la loi FURIA, entre ceux qui vivent au jour de l'exigibilité de la créance, mais entre les fidéjusseurs qui sont solvables au moment de la *litis contestatio* : de sorte que jusqu'à ce moment, ils répondent de l'insolvabilité les uns des autres : « Hoc ceteros onerat, » dit le texte; « ad ceterum onus respicit, » dit Gaius (4). Cet avantage concédé aux fidéjusseurs, de pouvoir demander la division de l'action entre tous ceux qui sont solvables, se nomme communément, dans la jurisprudence, le *bénéfice* de division. On voit que, dès lors, les fidéjusseurs ne sont pas tenus solidairement, comme les *co-rei*; ils ne le sont pas non plus chacun pour partie : ils sont tenus pour le tout, mais avec bénéfice de division. — Quant à la *litis contestatio*, cette partie de la procédure dans laquelle, au temps des actions de la loi, chaque plaideur, après le rite de l'action accompli devant le préteur, prenait des citoyens à témoin de ce qui venait de se passer : *testes estote!* et constatait ainsi l'engagement du procès, nous en parlerons plus loin. Nous verrons comment elle fut modifiée par le système formulaire; à quoi tenaient les divers effets qu'elle produisait, entre autres celui dont il s'agit ici pour les fidéjusseurs; et enfin ce qu'elle devint quand la procédure ne fut plus qu'extraordinaire.

---

(1) DIG. 46. 1. *h. tit.* 51. pr. f. Papin. — (2) COD. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*. 3. const. Sever. et Anton. : « Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur. » — (3) GAIUS (Comm. 3. §§ 121 et 122) nous parle aussi en détail de cet édit de l'empereur Adrien. Toutefois, Paul, dans ses *Sentences* (liv. 1. tit. 20), semble attribuer cette division d'action à l'édit du préteur (*ex edicto prætoris*). — (4) DIG. 46. 1. *h. tit.* 26. f. Gai.; et 51. §§ 1 et 4. f. Papin. — COD. 8. 41. *De fidejuss.* 3. const. Sever. et Anton.

V. Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest : non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur : plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

5. Les fidéjusseurs ne peuvent s'obliger de manière à devoir plus que celui pour qui ils interviennent. Car leur obligation est l'accessoire de l'obligation principale : et l'accessoire ne peut contenir plus que le principal. Au contraire, ils peuvent s'obliger de manière à devoir moins. Si, par exemple, le débiteur principal a promis dix sous d'or, le fidéjusseur peut valablement s'obliger pour cinq; mais l'inverse ne pourrait avoir lieu. De même, si le débiteur a promis purement et simplement, le fidéjusseur peut promettre sous condition; mais l'inverse n'est pas possible. En effet, ce n'est pas seulement dans la quantité, c'est encore dans le temps, que l'on considère le plus ou le moins : donner une chose sur-le-champ, c'est plus; la donner après un certain délai, c'est moins.

1396. C'est ici une règle commune à l'adstipulateur, aux *sponsores*, aux *fidepromissores* et aux fidéjusseurs (1). Le motif est le même, et ce que nous avons dit pour l'adstipulateur (n° 1380) s'applique à tous. Il paraît résulter d'un texte d'Ulpien (2) que l'engagement excessif était frappé d'une nullité complète. — Les dispositions de la loi CORNELIA (n° 1389), limitant la somme jusqu'à laquelle la même personne pouvait s'obliger pour un autre, étaient également communes à tous (3).

VI. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

6. Du reste, le fidéjusseur, s'il a payé quelque chose pour le débiteur, a pour le recouvrer l'action de mandat contre ce dernier.

1397. Règle commune également aux *sponsores*, aux *fidepromissores* et aux fidéjusseurs (4) : sauf l'action spéciale dont les *sponsores* jouissaient seuls en vertu de la loi PUBLILIA, *actio depensi* (ci-dessus, n° 1390). — Toutefois si le fidéjusseur est intervenu sans aucun mandat, ni exprès ni tacite, du débiteur principal, mais à l'insu de ce dernier (*pro ignorante*), par exemple durant son absence, il ne peut avoir l'action de mandat : c'est l'action de gestion d'affaires (*negotiorum gestorum*) qui lui revient (5). Il n'aura même aucune action s'il est intervenu contre le gré du débiteur principal et malgré sa prohibition (*pro invito, pro præsente et vetante*) (6); ou bien encore par pure libéralité

(1) GAI. Comm. 3. § 126. — DIG. 46. 1. *hoc tit.* 8. § 7. f. Ulp.; 34. f. Paul. — 50 16. *De verb. sign.* 12. § 1. f. Ulp. — (2) DIG. 46. 1. 8. § 7. — (3) GAI. Comm. 3. § 124. — (4) GAI. Comm. 3. § 127. — (5) DIG. 17. 1. *Mandati vel contra* 20. § 1. f. Paul. — (6) La question avait été controversée : certains jurisconsultes romains voulaient lui donner, dans ce cas, au moins l'action utile *negotiorum gestorum;* mais l'avis contraire avait prévalu. DIG. 17. 1. *Mandat.* 40. f. Paul. — COD. 2. 19. *De negotiis gestis.* 24. const. Justinian.

(*donandi animo*), c'est-à-dire dans l'intention de le gratifier en payant pour lui (1).

**VII.** Græce fidejussor ita accipitur, Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω sive βούλομαι; sed et si φημί dixerit, pro eo erit ac si dixerit λέγω.

**7.** Le fidéjusseur s'oblige, en grec, en ces termes : Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω (*j'ordonne sur ma foi*), λέγω (*je dis*), θέλω ou βούλομαι (*je veux* ou *je veux bien*) ; s'il dit φημί (*je prétends*), il en sera comme s'il eût dit λέγω.

1398. De ce paragraphe, tiré d'un fragment d'Ulpien (2), nous pouvons induire que déjà, même au temps de ce jurisconsulte, on s'était écarté, à l'égard de la fidéjussion, de la formule primitive : IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? et qu'on avait admis d'autres expressions équivalentes. Tandis que la *sponsio* et la *fidepromissio* recevaient toujours leur caractère particulier des termes mêmes employés.

**VIII.** In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

**8.** Dans les stipulations de fidéjusseurs, sachez que cette règle générale a été admise, que tout ce qui est écrit comme ayant été fait, est tenu pour l'avoir été. Si donc quelqu'un a écrit s'être porté fidéjusseur, toutes les solennités requises sont censées avoir eu lieu.

1399. Suite de la tendance à s'attacher de plus en plus à la foi de l'écrit, et de moins en moins à la preuve positive de l'accomplissement matériel des actes et des paroles. Ce principe, déjà exposé pour les stipulations en général (ci-dessus, n° 1366), parait avoir été admis plus tôt et d'une manière plus radicale pour les fidéjusseurs. Ulpien, déjà, le formule en ces termes : « Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta (3). »

1400. Terminons en disant que l'espèce particulière de sûreté (*cautio*) qui consiste à donner au créancier des *adpromissores*, c'est-à-dire des garants s'obligeant par promesse verbale (*verbis*), pour le débiteur principal, se nomme *satisdatio*. *Satisaccipere*, c'est recevoir cette sûreté; *satisdare*, c'est la donner. Et ces dénominations sont communes tant aux *sponsores* qu'aux *fidepromissores* et aux fidéjusseurs (4). (App. 5, liv. 3.)

### ACTIONS RELATIVES AUX ADSTIPULATIONS ET AUX ADPROMISSIONS.

1401. L'adstipulateur, par suite de son intervention, a deux sortes de rapports différents : 1° rapports avec le promettant;

---

(1) DIG. 17. 1. *Mandat.* 6. § 2. f. Ulp. — (2) DIG. 46. 1. *De fidejuss.* 8 pr. f. Ulp. — COD. 8. 41. *De fidejuss.* 12. const. Alexand. — (3) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 30. f. Ulp. — (4) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 5. §§ 2 et 3 : « Satisacceptio est stipulatio, quæ ita obligat promissorem, ut promissores quoque ab eo accipiantur, id est qui idem promittunt, » etc. — GAI. Comm. 3. §§ 123 et 125, etc.

2° rapports avec le stipulant principal. — Les adpromisseurs peuvent en avoir de trois sortes; en effet, ils doivent être considérés dans leurs relations : 1° avec le créancier; 2° avec le débiteur principal; 3° entre eux, s'ils sont plusieurs. De ces divers rapports, pour la poursuite des droits qui s'y réfèrent, résultent diverses actions qu'il s'agit de faire connaître.

1402. *Pour ce qui concerne l'adstipulateur :* 1° A l'égard du promettant il est créancier sur stipulation, il a donc l'action résultant du contrat par paroles : la *condictio certi*, ou l'*actio ex stipulatu;* extinguible à sa mort, puisque le droit lui est individuel. — 2° A l'égard du stipulant principal, il est un mandataire; celui-ci a donc contre lui l'action *mandati*, pour lui faire rendre compte, et restituer ce qu'il a obtenu; ou même l'action *damni injuriæ*, résultant du chef spécial de la loi AQUILIA, dans le cas prévu par cette loi (ci-dessus, n° 1382).

1403. *Pour ce qui concerne les* sponsores *et les* fidepromissores : A l'égard du créancier, ils étaient des débiteurs sur stipulation; celui-ci avait donc contre eux l'action née du contrat par paroles (*condictio certi, actio ex stipulatu*); toutefois avec ces deux modifications résultant de la loi FURIA, et applicables dans l'Italie seulement : la *première*, que cette action ne durait contre eux que deux ans; la *seconde*, qu'elle se divisait de plein droit, également et par tête, s'ils étaient plusieurs, entre tous ceux vivant au jour de l'exigibilité de la créance. — A l'égard du promettant principal, ils étaient des mandataires; ils avaient donc contre lui l'action *mandati*, pour se faire rembourser ce qu'ils avaient payé pour lui. Le *sponsor* avait, en outre, dans le même but, une action particulière, qui lui était spécialement attribuée par la loi PUBLILIA, l'action *depensi*, emportant condamnation au double en cas de dénégation (*adversus inficiantem*). — 3° Entre eux, ils étaient considérés, en vertu des dispositions de la loi APULEIA, comme des espèces d'associés; en conséquence celui qui, sur la poursuite du créancier, avait été obligé de payer au delà de sa part, avait contre les autres l'action *pro socio* pour faire supporter à chacun sa portion. Après la loi FURIA, ce recours a perdu toute application possible en Italie, puisque l'action du créancier s'est divisée de plein droit; mais il a continué de subsister dans les provinces (1).

1404. *Enfin pour ce qui concerne les fidéjusseurs :* 1° A l'égard du créancier, ils sont aussi des débiteurs sur stipulation; celui-ci a donc contre eux la *condictio*, ou l'action *ex stipulatu*. — 2° A l'égard du débiteur principal, ils sont, selon le cas, des mandataires ou des gérants d'affaires; ils ont, en conséquence, soit l'action *mandati*, soit l'action *negotiorum gestorum*, pour obtenir le remboursement de ce qu'ils ont payé, à moins qu'ils ne fussent

(1) GAI. Comm. 3. § 122.

intervenus pour lui contre sa prohibition, ou par pure libéralité (*donandi animo*). — 3° Enfin entre eux, sauf convention spécialement contraire, il n'existe aucune société ; car la loi Apuleia ne leur a jamais été applicable : celui d'entre eux qui a payé même la totalité ne peut donc avoir, par ce seul fait, aucun recours contre ses cofidéjusseurs (1).

1405. Mais sur tous ces points, et pour garantir leurs intérêts, soit à l'égard du créancier poursuivant, soit à l'égard du débiteur principal, soit même à l'égard de leurs cofidéjusseurs, divers avantages leur ont été successivement accordés. Sous le droit de Justinien, ils en ont trois bien remarquables, vulgairement connus aujourd'hui, dans la jurisprudence, sous les noms de bénéfices ou exceptions : 1° d'ordre ou de discussion (*ordinis, ou excussionis beneficium*) ; 2° de division (*divisionis*) ; 3° de cession d'actions (*cedendarum actionum*).

1406. Nous voyons par un fragment de Paul et par plusieurs autres textes, que le créancier, à moins de convention contraire, était libre d'intenter son action, de préférence, soit contre le débiteur principal, soit contre le fidéjusseur, et, s'ils étaient plusieurs, contre celui d'entre eux qu'il voulait : « Jure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur, » dit une constitution de l'empereur Antonin (2). Seulement une fois le choix fait et l'action donnée contre l'un, *lite contestata*, les autres étaient libérés (3). Dans une constitution datée de l'an 531, Justinien avait changé ce dernier point : La poursuite exercée contre l'un ne libérera pas les autres (4). Cependant dans la préface de l'une de ses Novelles, il nous parle d'une loi antique, tombée en désuétude, il ignore comment, d'après laquelle ce libre choix n'aurait pas été laissé au créancier ; loi qu'il trouve bon de rétablir, en l'améliorant (5). En conséquence de cette novelle, le fidéjusseur attaqué par le créancier peut exiger que celui-ci s'en prenne d'abord au débiteur principal (*veniat primum ad eum qui debitum contraxit, ad principalem*), et ne recoure contre le fidéjusseur que pour ce qu'il n'aura pu obtenir de ce débiteur (*secundum quod ab eo non*

(1) Gai. *Ib.* « (Ad fidejussores lex) Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fidejussit, solvendo non sit. » — Dig. 46. 1. *hoc tit.* 39. f. Modestin. — Cod. 8. 41. *hoc tit.* 11. const. Alexand. — (2) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 5. const. Anton.; 19 et 21. const. Dioclet. et Maxim. — Paul. Sent. 2. 17. § 16. — (3) Paul. Sent. 2. 17. § 16 : « Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur. » Il n'en était pas de même à l'égard des mandants, qui étaient obligés en leur propre nom, selon ce qu'ajoute Paul et ce que nous dit un fragment de Julien : Dig. 46. 1. *hoc tit.* 13. — (4) Cod. 8. 41. *De fidej.* 28. const. Justinian. — (5) Novelle 4 (an 539 de J.-C.), Præfat. : « Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam..... rursus revocare et ad rempublicam reducere, bene se habere putavimus : non simpliciter....., sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento. »

*potuerit recipere*). En cas d'absence du débiteur principal, un délai pour l'appeler en cause est accordé par le juge au fidéjusseur (judex det tempus intercessori, idem est dicere sponsori et mandatori, volenti principalem deducere), passé lequel délai l'action suit son cours contre le fidéjusseur (tunc fidejussor, aut mandator, aut sponsor exequatur litem). Voilà ce qu'on nomme, en termes vulgairement consacrés aujourd'hui, le bénéfice ou l'exception d'ordre ou de discussion (1). Notez, du reste, que, déjà avant cette novelle, et par une constitution insérée au Code, Justinien avait décidé qu'en poursuivant d'abord, soit le débiteur principal, soit l'un des fidéjusseurs, le créancier ne perdrait plus son droit contre les autres, mais qu'il le conserverait jusqu'à complète satisfaction (2).

1407. Le fidéjusseur attaqué peut, en outre, profiter de la faculté qui lui a été accordée par le rescrit d'Adrien (*epistola divi Hadriani*), et exiger que le créancier divise son action entre tous les cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio* : tel est le bénéfice ou l'exception de division, que nous avons déjà exposé ci-dessus, n° 1395.

1408. Enfin, si le fidéjusseur, au lieu d'exiger la division, est disposé à donner au créancier le montant total de la dette, il a le droit de le faire, non pas à titre de payement (*in solutum*), ce qui, éteignant la créance, libérerait tous les autres obligés et laisserait en conséquence le fidéjusseur sans autre action contre le débiteur principal que celle de mandat ou de gestion d'affaires, et sans aucune espèce de recours contre ses cofidéjusseurs, mais il a le droit de le faire à titre d'acquéreur, comme achetant en quelque sorte du créancier sa créance, qui continue dès lors de subsister tant contre le débiteur principal que contre les cofidéjusseurs. « Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina, » dit Julien (3) ; et Paul explique plus positivement encore comment la créance n'est pas éteinte, quoique le créancier en reçoive le montant : « Non enim in solutum accipit ; sed quodam modo nomen debitoris vendidit (4). » Nous savons déjà (t. II, n° 899), et nous verrons plus en détail, en traitant spécialement de la matière, qu'une créance ne peut pas être véritablement transportée de la personne du créancier à une autre ; que malgré la cession le droit continue toujours d'appartenir au créancier ; que seulement celui-ci est forcé de constituer en quelque sorte le cessionnaire son procureur, mais procureur en ses propres intérêts (*procurator in rem suam*), et de lui donner, en cette qualité, l'exercice de toutes ses actions, avec les gages, hypothèques ou

(1) Novell. 4. cap. 1. — (2) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 28. const. Justinian. an 531. — Il établit en ce point, à l'égard des fidéjusseurs, le droit qui existait déjà pour les mandants. — (3) Dig. 46. 1. *De fidej.* 17. f. Julian. — (4) Dig. 46. 1. *De fidej.* 36. f. Paul.

autres sûretés qui peuvent y être attachés. C'est là ce qui se nomme de la part du créancier, *actiones mandare*, *actiones præstare* ou *actiones cedere*. C'est ce qui aura lieu, dans l'espèce, en faveur du fidéjusseur payant la totalité. Dans cette cession, le fidéjusseur trouvera un double avantage : les priviléges, hypothèques et sûretés quelconques lui étant cédés avec l'action, les gages lui étant remis (1), il pourra agir pour son remboursement : 1° contre le débiteur principal, non-seulement par l'action de son propre chef, l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, dépourvue de toute garantie; mais au nom du créancier et comme créancier lui-même; 2° contre ses propres cofidéjusseurs, envers lesquels il n'aurait eu, sans cela, aucun recours.

Pour être en droit d'exiger cette cession d'actions, le fidéjusseur doit payer la totalité (*ei qui solidum solvere paratus est; — non priusquam omne debitum exsolvatur*), disent les textes : mais du moment qu'il offre le tout, le créancier est contraint de la faire (*stipulator compellitur*) (2).

Autrefois, bien certainement, il était nécessaire que la cession eût lieu avant que l'action eût été donnée contre le fidéjusseur (c'est-à-dire avant la *litis contestatio*) : passé ce délai, il n'était plus temps, puisque tous les autres obligés se trouvaient libérés; mais ce droit commun, nous le savons (ci-dess., n° 1406), ayant été changé par Justinien, le fidéjusseur peut encore demander la cession des actions du créancier après qu'il a été poursuivi et même condamné (3).

Tel est le bénéfice de cession (*cedendarum actionum*). (A. 12, l. 3.)

1409. Quand le fidéjusseur est seul, l'avantage qu'il en peut retirer est hors de doute. Mais lorsqu'il a plusieurs cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*, c'est à lui à voir, d'après les circonstances, s'il lui est plus utile de demander la division et de ne payer que sa part, sauf à n'avoir d'autre recours que son action *mandati* contre le débiteur principal : ou bien s'il lui vaut mieux faire les avances du capital et payer le tout en se faisant céder les actions du créancier, afin de se trouver par là en son lieu et place, tant contre le débiteur principal que contre les fidéjusseurs; car ces deux droits ne peuvent se cumuler.

### *Du sénatus-consulte* VELLÉIEN (4), *et de ce qu'on entend par intercession et par intercesseurs.*

1410. Nous ne quitterons pas la matière des adpromettants

(1) DIG. 46. 1. *De fidejuss.* 59. f. Paul. — COD. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. Sever. et Anton.; 11. const. Alexand. — (2) DIG. 46. 1. *De fidejuss.* 17. f. Julian. — COD. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. Sever. et Anton.; 21. const. Dioclet. et Maxim. — (3) Il faut lui appliquer ce qu'on disait jadis des mandants (DIG. 46. 1. *De fidejuss. et mandat.* 41. § 1. f. Modest.), puisque Justinien les a assimilés en ce point. (COD. 8. 41. *De fidejuss. et mandat.* 28. const. Justinian., et ci-dessus, n^os 1272 et 1406). — (4) PAUL. Sent. 2. 11. *Ad*

sans dire un mot d'un sénatus-consulte bien remarquable qui a eu l'influence la plus grande sur l'état et la capacité des femmes en fait d'obligations. C'était l'esprit du droit romain de dénier aux femmes la même capacité juridique que celle accordée aux hommes. L'ancien droit les assujettissait, soit à la puissance d'autrui, soit à une tutelle perpétuelle; pour elles, pas d'autre condition. Les procédés subtils des jurisconsultes et le changement de mœurs les en avaient affranchies : elles purent se trouver libres et, en réalité, maîtresses de leurs actes. Dès lors, on songea à limiter par d'autres règles, et dans une intention de protection, l'étendue de leur capacité. Déjà, sous Auguste, et ensuite sous Claude, des édits de ces princes avaient défendu que les femmes pussent valablement s'obliger pour la dette de leur mari : « ne feminæ pro viris suis intercederent (1), » lorsque sous le règne de ce dernier empereur, et sur la proposition des consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor (an 46 de J. C.), fut admis un sénatus-consulte qui généralisa la prohibition (2). Ce sénatus-consulte, auquel le nom d'un des consuls est resté, S. C. VELLÉIEN, et dont un fragment d'Ulpien nous a transmis les propres termes (3), défend que les femmes puissent d'aucune manière s'obliger pour la dette d'autrui (*pro aliis reæ fieri*); ou, pour employer l'expression consacrée en cette matière et qui se trouve aussi dans le sénatus-consulte, qu'elles puissent intercéder (*intercedere*) pour autrui. « In omni genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur, » dit le jurisconsulte Paul (4) : ce qui comprend les constitutions de gage ou d'hypothèques, et toutes les manières dont il serait possible que la femme consentît à se lier, elle ou ses biens, pour la dette d'autrui.

1411. Si elles se sont ainsi obligées, elles peuvent, quand le créancier les attaque, se défendre par l'exception tirée du sénatus-consulte : « ei per exceptionem Vellejani senatus-consulti succurritur (5); » ou même répéter par la *condictio indebiti* ce que, dans l'ignorance du secours que leur donnait le sénatus-consulte,

---

*senatus-consult. Velleianum.* — DIG. 16. 1. — COD. 4. 29. — NOVELLE 134, chap. 8. *De intercessionibus mulierum.* — Voir sur ce sujet le beau travail de notre collègue M. GIDE, couronné par l'Institut; 1867, in-8°.

(1) DIG. 16. 1. *Ad sen.-cons. Vellej.* 2. pr. f. Ulp. — (2) DION. CASS. LX. 27. — (3) DIG. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 1 : « Cujus S. C. verba hæc sunt : Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt, de obligationibus feminarum quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum; arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur. » — (4) PAUL. Sent. 2. 11. § 1. — (5) COD. 4. 29. *hoc tit.* 3. const. Anton.; 16. const. Dioclet. et Maxim.

elles auraient payé d'une semblable dette (1). Il faut remarquer cette expression consacrée, l'*exception du sénatus-consulte Velléien*. En effet, le sénat n'a pas procédé en déclarant nulle l'obligation : suivant le droit civil, au contraire, cette obligation reste valable ; mais le sénat veut que l'action qui en résulte ne soit pas donnée contre la femme (*ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur*). Le magistrat se conformera à la volonté du sénat (*ut in ea re senatus voluntas servetur*) en se refusant, d'autorité, à donner l'action toutes les fois qu'il lui sera démontré que l'on est dans le cas du sénatus-consulte. Lorsqu'il y aura doute sur ce point, et qu'il trouvera convenable d'en renvoyer l'examen à un juge, il donnera l'action, mais avec addition d'une exception proprement dite, tirée du sénatus-consulte. Quoi qu'il en soit, dans l'un comme dans l'autre cas, ce n'est pas *ipso jure*, c'est par le secours du préteur, soit refus d'action, soit insertion d'une exception dans la formule, que la femme est protégée ; voilà pourquoi dans les deux cas on peut qualifier ce genre de protection *exceptio*. — Quelques circonstances particulières mais exceptionnelles pouvaient néanmoins faire obstacle à ce que la femme pût se prévaloir de l'exception (2), et l'action produisait alors son effet.

1412. Tel est le droit qui se maintint, et qui, arrivé jusqu'à Justinien, est conservé par ce prince, sauf quelques modifications (3). Ses applications étaient nombreuses dans la pratique et se présentaient fréquemment dans les affaires où les femmes se trouvaient mêlées. Notez que ce droit ne défendait pas aux femmes de s'obliger pour elles-mêmes, ni même de payer pour autrui (4) ; mais seulement de s'obliger pour les autres ; et cela par le motif que n'appréciant pas des conséquences qui ne sont que dans l'avenir, elles sont plus facilement portées à s'obliger pour autrui qu'à donner (hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat).

1413. De cette matière il faut déduire la notion générale de ces expressions *intercedere*, *intercessio*, *intercessor*, employées mainte fois dans les textes. *Intercedere*, c'est s'obliger volon-

---

(1) Cod. 4. 29. *hoc tit*. 9. const. Gordian. — Dig. 16. 1. *hoc tit*. 8. § 3. f. Ulp. — (2) Par exemple, s'il y a eu dol de sa part. — Dig. 16. 1. *hoc tit*. 2 § 3. f. Ulp. ; 11. f. Paul. ; 27. pr. f. Papin. ; 30. pr. f. Paul., et Cod. 4. 29. *hoc tit*. 18. const. Dioclet. et Maxim. — Ou si elle ne doit éprouver aucun préjudice : Dig. 16. 1. 16. pr. f. Julian. ; 21. pr. f. Callistrat. ; 22. f. Paul. — Si le créancier est un mineur de vingt-cinq ans, et que le debiteur principal soit insolvable : Dig. 4. 4. *De minor*. 12. f. Gai. — Voir aussi : Dig. 16. 1. *hoc tit*. 32. § 4. f. Pomp. — Paul. Sent. 2. 11. § 2. — (3) La plus importante consiste en ce que Justinien veut que si la femme a fait son intercession étant majeure de vingt-cinq ans, et qu'elle la réitère après deux ans, elle ne puisse plus se prévaloir du sénatus-consulte, du moins si elle déclare avoir reçu quelque chose. — Voir Cod. 4. 29. *hoc tit*. 22 et 23. — Voir aussi Novel. 134. chap. 8, où l'on revient à l'ancienne rigueur, lorsque la femme intercède pour son mari. — (4) Dig. 16. 1. *hoc tit*. 4. § 1. f. Ulp. ; 5. f. Gai. — Cod. 4. 29. *hoc tit*. 1. const. Anton., et 4. const. Alexand.

tairement pour la dette d'un autre, soit de manière à le libérer immédiatement, soit en restant obligé avec lui et pour lui (*pro alio reus fieri*, — *alienam obligationem suscipere*).

L'*intercessio* est la convention par laquelle on s'oblige ainsi, de quelque manière que l'obligation soit contractée (1) : toutes les *adpromissiones*, tant les sponsions que les fidépromissions et les fidéjussions, étaient des espèces d'intercessions formées par paroles (*verbis*). Mais d'autres intercessions pouvaient avoir lieu de plusieurs autres manières et avec d'autres effets, que nous examinerons, notamment en traitant du mandat, du constitut et de l'hypothèque. — L'esclave ne pouvait intercéder, même dans les limites où il pouvait contracter *de peculio* (2).

## TITULUS XXI. — TITRE XXI.

### DE LITTERARUM OBLIGATIONE. — DE L'OBLIGATION LITTÉRALE.

1414. La stipulation a été, dans le droit civil quiritaire, comme moyen de contracter des obligations, la première dérivation du *nexum*, du pesage *per æs et libram* : ce sont les paroles (*nuncupatio*) détachées de la solennité, en tenant le pesage pour accompli. La filiation des mots elle-même, s'il faut en croire celle qui nous est indiquée par Festus (ci-dessus, n° 1238, note 2), nous révélerait l'origine et la nature de l'institution. *Stipu-latio* : le métal (*stips*, *stipendium*, quand il est monnayé, dérivé probable de *pendere*) est tenu pour pesé et donné.

Nous arrivons maintenant à la seconde dérivation de la même idée. Le métal, l'argent sera tenu pour pesé et donné, mais par un écrit et non par des paroles : c'est un pas de plus qu'on a fait, et les mots viendront nous révéler d'une manière bien plus certaine encore la même origine. *Expensi-latio*, *pecunia expensa lata* : *pecunia accepta relata* : l'argent est tenu pour pesé et donné par l'un, pour pesé et reçu par l'autre. Si les inductions de la philologie peuvent être variables et contestées pour le mot de stipulation, elles sont de toute évidence et hors de controverse pour ceux d'expensilation et de *pecunia expensa lata*.

1415. Il y a entre la stipulation et l'expensilation ou l'ancien contrat *litteris* des Romains, une analogie, un parallélisme frappants, parce qu'il y a une filiation commune. Ce parallèle jettera peut-être quelque jour sur l'obligation *litteris* restée si obscure. Mais avant de le faire il faut voir de quelle manière les Romains sont arrivés à employer l'écriture, au lieu des paroles, pour tenir l'argent comme pesé et donné d'une part ou reçu de l'autre.

(1) DIG. 16. 1. *hoc tit*. 2. § 5. f. Ulp. — (2) *Ib*. 15. 1. *De pecul*. 3. §§ 5 et 6. f. Ulp.

### *Des registres domestiques* (tabulæ—codex),—*et des inscriptions de créance nommées* arcaria nomina.

1416. Chez un peuple dont le fond du caractère, surtout à l'origine, avant le mélange avec toutes les nations, fut la sévérité de mœurs, le compte et le ménagement parcimonieux du patrimoine souvent jusqu'à l'avarice, l'esprit juridique jusqu'au culte du procès : chez un pareil peuple, ce devint une habitude nationale, quand les lettres furent introduites et répandues, que chaque chef de famille tînt un registre domestique, dans lequel il consignât exactement, jour par jour, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature (1). Ce registre portait le nom général de *tabulæ* ou de *codex*. L'austérité et la foi primitives donnèrent un caractère de sanction presque religieuse et publique à ces tables domestiques. Les auteurs classiques témoignent, en maint endroit, du soin avec lequel on les rédigeait et du crédit qu'on y attachait. « Non conficit tabulas? imo diligentissime, » dit Cicéron, à une époque déjà corrompue, en parlant de Fannius Chærea (2); « confecit tabulas diligentissime Cluentius. Hæc autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere, » dit-il ailleurs, en parlant de Cluentius (3); et dans l'une de ses harangues contre

(1) On cite, à propos de cette coutume, le passage suivant du grammairien Asconius Pedianus, dans ses annotations sur la seconde Verrine de Cicéron : « Moris autem fuit, dit cet annotateur, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitæ suæ per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, fœnore, lucrove seposuisset quoquo die, et quid idem sumtus damnive fecisset. Sed postquam, obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, ad nostram memoriam tota hæc vetus consuetudo cessavit. » (Cicéron. *In Verrem*, actio 2, lib. 1. § 23.) — Asconius Pedianus, suivant l'opinion communément reçue, tirée de Servius (*ad Virgil.* égl. 3, 105) aurait été encore le contemporain de Virgile, et serait mort sous Néron; d'après une autre opinion, tirée de saint Jérôme, il devrait être placé un peu plus tard, et ne serait mort que dans la septième année du règne de Domitien (an 88 de J. C.); du reste, dans l'une et l'autre hypothèse, il aurait eu pour élève Quintilien, qui en parle plus d'une fois dans ses *Institutions oratoires* (1. 7. 24 et 5. 10. 9). Si le passage que nous venons de citer, sur l'usage des *tabulæ* et sur la désuétude où cet usage était tombé, appartenait véritablement à Asconius et à son époque, il aurait pour nous, en cette matière, une certaine importance historique. Mais, d'après une critique moderne sur les manuscrits, notamment celle de J. N. Madvigius (*Disputatio critica de Q. Asconii Pediani et aliorum interpretum in Ciceronis orationes commentariis. — Appendix critica.* Havniæ, 1828), suivie par Orellius, dans son édition de Cicéron (vol. 5, pars 2. Turici, 1833), il resterait démontré que les annotations sur les Verrines ne feraient pas partie véritablement de celles d'Asconius qui nous sont parvenues, et devraient être attribuées à quelque scoliaste bien postérieur, un faux Asconius (pseudo-Asconius), opinion adoptée par Niebuhr, et, en dernier lieu, par M. de Savigny, dans sa dissertation sur le contrat littéral chez les Romains (*Vermischte Schriften*, Berlin, 1850. 1 vol. p. 247), ce qui diminuerait considérablement l'intérêt de la citation.

(2) Cicéron. *Pro Q. Roscio*, orat. 3. § 1. — (3) Cicéron. *Pro Cluentio*, § 30.

Verrès, il présente comme quelque chose de nouveau et d'inouï, la prétention qu'un citoyen n'aurait pas tenu son registre ou aurait cessé de le tenir (1).—Pour rédiger exactement et avec soin leurs *tabulæ*, les Romains prenaient d'abord leurs notes sur une sorte de brouillon mensuel, nommé *adversaria*, où les notes s'inscrivaient sans ordre méthodique, telles qu'elles se présentaient; et c'était de là, que, régulièrement tous les mois, les mentions qui devaient être consignées dans le *tabulæ* y étaient reportées avec ordre et méthode. Il faut voir, dans Cicéron, la différence de tenue et d'importance entre les *adversaria* et le *codex* ou *tabulæ*. Ce sont ces tables que l'orateur appelle *æternæ, sanctæ, quæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur* (2). Aussi, tandis que les *adversaria* étaient dénués d'autorité et de crédit juridiques, les *tabulæ* formaient-elles en justice des éléments de preuve dignes de confiance (3).

**1417.** Mais, dans tout cela, il ne s'agit que de conserver le souvenir d'opérations faites; les diverses consignations sur les *tabulæ* ne sont que des instruments de preuve. Cette observation, qu'on inscrit sur le registre tous les actes quelconques relatifs au patrimoine, ne doit pas être perdue de vue : elle sert à nous éclairer. Si, par exemple, on y inscrit comme faite une vente, un achat, ou bien une stipulation, une promesse, cette inscription n'est qu'un moyen de constater le fait qui a eu lieu : moyen auquel le juge, en cas de dénégation, attachera le crédit convenable. « Montre en tes tables ou en celles de ton père, dit Cicéron à Verrès, montre une seule statue, un seul tableau acheté, tu as gain de cause (4)! »

(1) Cicéron, *In Verrem*, actio 2, lib. 1, § 23..... : « Habeo et istius, et patris ejus accepti tabulas omnes : quas diligentissime legi atque digessi : patris quoad vixit; tuas, quoad ais te confecisse. Nam in isto, judices, hoc novum reperietis. Audimus, aliquem tabulas nunquam confecisse... Audimus, alium non ab initio fecisse, sed ex tempore aliquo confecisse... Hoc vero novum et ridiculum est, quod hic nobis respondit, quum ab eo tabulas postularemus : usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse, postea destitisse. » — (2) Cicéron. *Pro Q. Roscio comœdo*, oratio 3. § 2... : « Quid est quod negligenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ; hæc parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque adversaria in judicium protulit nemo : codicem protulit, tabulas recitavit. » — (3) Cicéron : à la fin de la note qui précède. — Et, dans le même paragraphe de la même harangue, ces autres paroles : — « Quod si eamdem vim, diligentiam, auctoritatemque habent adversaria quam tabulæ, quid attinet codicem instituere? conscribere? ordinem conservare? memoriæ tradere litterarum vetustatem? » — On voit ailleurs le parti que les juges tiraient de l'examen des tables : « Anni sunt octo, dit Cicéron aux juges, dans sa harangue pour Cluentius (§ 30), anni sunt octo, quum ista causa in ista meditatione versatur, quum omnia, quæ nunc ad eam rem pertinent, et ex hujus, et ex aliorum tabulis, agitatis, tractatis, inquiritis. » — (4) Cicéron. *In Verrem*, act. 2, lib. 1. § 23 : « Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti! »

— Il n'en est pas autrement du *mutuum*. Si le chef de famille porte sur son registre relativement à telle personne dont il inscrit le nom (*nomen*), qu'il lui a donné ou qu'il en a reçu en prêt telle quantité, cette inscription n'est pas d'une autre nature que les précédentes. C'est un instrument pour la preuve d'un fait accompli; faisant foi plus ou moins, selon les personnes et les circonstances. Ce qui engendre l'obligation, ce n'est pas l'inscription sur les *tabulæ :* c'est la numération, la dation des espèces. Voilà le fait capital, le fait dont, en cas de contestation entre les parties, il faudra rechercher et établir l'existence. La philologie vient encore nous éclairer à ce sujet. Toutes les inscriptions de créance, au nom d'une personne, sur les tables domestiques, prennent la désignation commune de *nomina :* de là vient qu'en appliquant le mot au droit d'obligation lui-même, on a appelé *nomina* toutes les créances. Mais les inscriptions dont il s'agit ici reçoivent des Romains une qualification qui en exprime énergiquement la nature : *arcaria nomina*, inscriptions de créances venant de la cassette, du coffre-fort (*arca*); c'est de là, en effet, qu'est partie la somme et qu'est née l'obligation (1). Aussi Gaius a-t-il grand soin de dire, que les *arcaria nomina* ne sont pas une sorte d'obligation littérale; qu'ils ne servent pas à former, mais seulement à constater une obligation : « nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. » D'où la conséquence que de semblables inscriptions ne sont pas exclusivement réservées aux engagements des citoyens romains; qu'elles peuvent s'appliquer même à ceux des étrangers : puisque l'obligation y est produite, non par l'écriture, mais par la numération des espèces, ce qui est du droit des gens (2).

(1) Je ne partage pas l'opinion accréditée en Allemagne, qui consiste à confondre les *arcaria nomina* avec les *chirographa*, et à ne voir dans les uns comme dans les autres que de simples billets probatoires remis par le débiteur au créancier, et nommés *arcaria nomina*, parce qu'ils sont déposés dans le coffre-fort (in arcis) comme moyen de preuve (voir MUEHLENBRUCH, nouvelle édition des *Antiquités* d'Heineccius, page 562, note *a*). Il y a, sur ce point, en moi, double dissentiment : 1° L'inscription sur les *tabulæ* constitue les *nomina* en général : obligation *litteris* dans les *nomina transcriptitia :* simple preuve dans les *arcaria nomina; —* 2° les billets ou écrits séparés, que nous nommerions aujourd'hui sur feuille volante, présentent une distinction parallèle : obligation *litteris*, particulièrement propre aux étrangers, dans les *syngraphæ* et dans les *chirographa;* simple preuve dans les *cautiones*. Tel est le système que nous allons développer. — (2) GAIUS. Com. 3. § 131 : « Alia causa est eorum nominum, quæ arcaria vocantur; in his rerum, non litterarum obligatio consistit : quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ facit obligationem; qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. » — § 132 : « Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est. »

### *Des* nomina *par excellence, ou* nomina transcriptitia, *et de l'expensilation.*

**1418.** Mais si les deux parties, en nous ralliant aux principes du droit civil primitif, s'accordent, l'une à tenir la somme pour pesée et donnée (*pecunia expensa lata*), l'autre à la tenir pour pesée et reçue (*accepta relata*), et à la porter comme telle sur les *tabulæ*, sur le *codex*, nous entrons dans un nouvel ordre d'idées. Ici va surgir la notion du contrat formé par l'écriture (*litteris*). Un pareil accord, tant qu'il reste à l'état de simple convention, ne produit pas de lien civil; mais du moment qu'en vertu de cet accord, l'inscription est faite sur le *codex* en la formule consacrée, l'obligation naît. L'écriture, dans ce cas, ne forme pas une preuve seulement, elle forme un contrat. On ne mentionne pas un fait préexistant, le *mutuum*, dont il faudra établir la vérité : vrai ou faux, pour le droit civil ce n'est pas la question. Les parties ont tenu l'argent pour pesé et donné d'une part, pour pesé et reçu de l'autre; leur point de départ est une fiction; c'est le *nexum*, le pesage *per æs et libram* des anciens temps, qu'on suppose accompli, et dont on parvient ainsi à se dispenser. Cette supposition faite, l'inscription a eu lieu : l'obligation civile existe.—Voilà l'inscription sur les *tabulæ*, qui porte la dénomination de *nomen*, par excellence. Voilà d'où dérivent les expressions juridiques de *expensum ferre, acceptum referre; pecunia expensa lata, pecunia accepta relata;* et celle de *codex accepti et expensi*. La préposition *ex* (indiquant le départ, l'émission de la somme) attachée au mot *pendere* (qui en indique le pesage), rend l'idée parfaitement. Les expressions *nomen facere, nomina facere,* paraissent consacrées pour indiquer la création de cette sorte d'obligation (1).

---

(1) Cicéron, *in Verrem*, act. 2. lib. 1. § 136 : « Nomen infimum in flagitiosa litura fecit. » — *De officiis*, lib. 3. § 4 : « Nomina facit. » — Sénèque, *De beneficiis*, lib. 2. § 23 : « Nomina secum fieri; » — lib. 3. § 15 : « Per tabulas plurium *nomina*, interpositis parariis, *facit*. » — Dig. 2. 14. *De pactis*. 9 fr. Paul. : « Nomina facta sunt. » — 33. 1. *De ann. legat*. 1. fr. Pomp. : « Nomine facto. » — Les expressions *scribere nomen*, *scribere numos*, se retrouvent, comme attestation des usages sociaux, jusque dans les poëtes. Ainsi, dans les vieilles comédies de Plaute, au milieu du sixième siècle de Rome : « Nunc satagit : adduxit domum etiam ultro, et scribit numos. » (Plaute, *Asinaria*, act. 2. scæn. 4. vers. 34.) — Et dans les Épîtres d'Horace : « Scriptos nominibus certis expendere numos. » (Horace, *Epistol*. lib. 2. ep. 1. vers. 105.) — « Scribe decem a Nerio. » (Horace, *Sermon*. lib. 2. satyr. 3. v. 69.) — Voici un passage de Pline qui ne manque pas d'importance, en ce qu'il paraît indiquer assez clairement que dans le *codex accepti et expensi*, il y avait une sorte de rédaction en partie double : une page pour l'*acceptum*, et une autre pour l'*expensum*. L'auteur parle de la Fortune, invoquée, appelée, accusée, louée, adorée en tous lieux et à toute heure : « Huic omnia *expensa*, huic omnia feruntur *accepta* : et in tota *ratione* (le livre de compte) mortalium, sola utramque paginam facit. » (Pline, *Histor. natur*. lib. 2. c. 7.)

1419. Maintenant, un parallèle avec la stipulation achèvera de donner toute lumière. — De même que dans la stipulation il y a deux parties, avec chacune un rôle distinct : un stipulant d'une part, et un promettant de l'autre; de même dans l'expensilation, ou contrat *litteris* (1), il y a deux parties, avec chacune son rôle : l'une inscrivant le *nomen* en la formule consacrée, l'autre donnant l'ordre de l'inscrire. Cette nécessité de l'ordre ou du moins du consentement préalable de l'obligé ne fait aucun doute : l'idée seule de contrat la comporte impérieusement; les écrits de Cicéron en témoignent plus d'une fois; Valère-Maxime nous la montre dans la faiblesse de Visellius Varron, cédant aux captations d'une femme (2), et Théophile indique même le consentement comme devant être formulé en des paroles spéciales prononcées par les parties et inscrites sur le registre (3). — Mais à la différence du contrat par paroles (*verbis*), le contrat par l'écriture (*litteris*) peut avoir lieu entre absents. C'est ce que nous dit positivement Gaius : « Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum

(1) Nous trouvons l'expression même d'*expensi latio* en ce passage d'AULU-GELLE, où il raconte une affaire dans laquelle il était juge : « Petebatur apud me pecunia quæ dicebatur data numerataque; sed qui petebat neque *tabulis*, neque testibus id factum docebat, et argumentis admodum exilibus nitebatur... (ce demandeur était un homme probe, d'excellente réputation; son adversaire, au contraire, un homme mal famé). Is tamen cum suis multis patronis clamitabat, probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis : *expensi latione*, mensæ rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione. » (Le juge embarrassé consulte un philosophe, qui lui conseille, dans le doute, de se décider sur la moralité des parties. — AULU-GELLE, *Noctes atticæ*, lib. 14. c. 2.) Il faut observer que le procès, dans l'espèce, roulait sur un *mutuum* que le demandeur prétendait avoir fait réellement ; par conséquent, sur une obligation formée *re;* et que la question, pour le juge, était de savoir non pas s'il y avait eu contrat *verbis* ou *litteris*, mais s'il y avait eu véritablement un prêt effectué : ce qui admettait toute nature de preuve.

(2) CICÉRON. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3. § 1 : « Cur potius illius, quam hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri *jussisset?* » — VALÈRE-MAXIME (sous Tibère) : *De dictis factisque memorabilibus*, lib. 8. cap. 2 : « C. Visellius Varo gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Oracilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, *expensa sibi ferri passus est*... quos, ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. » — (3) THÉOPHILE, dans sa paraphrase des Instituts, sous ce paragraphe : « Habebat autem apud veteres litterarum obligatio talem quandam definitionem : litterarum obligatio est veteris nominis in novum creditum per solemnia verba et solemnes litteras transformatio. Nam si, cum quis mihi centum aureos deberet ex emptione, aut locatione, aut mutuo, aut stipulatione (multis enim modis aliquid nobis deberi potest), voluissem hunc mihi obligatum esse litterarum obligatione : necesse erat verba hæc dicere et scribere ad eum quem litterarum obligatione obligatum habere volebam. Sunt autem hæc verba, quæ dicebantur et scribebantur : CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? Deinde adscribebantur ut ab eo qui jam ex locatione obligatus esset, hæc verba : EXPENSOS MIHI TULISTI. Et prior obligatio extinguebatur : novaque litterarum nascebatur. Quæ ex eo nomen habet quod in litteris consistat » (traduction de Fabrot). Telle est la notion que nous donne Théophile du contrat *litteris;* malgré quelques fausses inductions auxquelles elle prête, il est précieux de la rapprocher de celle de Gaius.

» absente contrahi non possit (1). » Ce qui nous prouve incontestablement que les indications données par Théophile ne doivent pas être prises à la lettre, et qu'aucune prononciation solennelle de paroles entre les parties n'était juridiquement exigée. — En effet, c'est le créancier qui, sur l'ordre ou le consentement du débiteur, inscrit le *nomen*, l'*expensi latio*, sur les *tabulæ* ou *codex accepti et expensi*; et nous voyons par Cicéron, qu'il peut faire cela à son temps, à sa convenance, sans l'assistance ni de l'autre partie, ni de témoins : puisqu'il pouvait arriver que d'abord il en prît note seulement sur son brouillon mensuel (*adversaria*), ce qui ne formait pas encore l'obligation : et qu'il n'opérât l'inscription sur son *codex* que plus tard, en faisant le dépouillement et le report de ses notes régulièrement tous les mois (2).

1420. Mais ici arrive la question la plus délicate de la matière. Dans le contrat par paroles (*verbis*), des paroles sont indispensables de part et d'autre : le stipulant parle, le promettant parle; de même dans le contrat par l'écriture (*litteris*), l'écriture n'est-elle pas indispensable de part et d'autre? ne faut-il pas, pour l'accomplissement solennel et pour l'existence même du contrat, que le créancier écrive sur son registre (*expensum ferre*), et que le débiteur écrive sur le sien (*acceptum referre*)? L'analogie seule paraît un argument puissant pour le décider ainsi : on pourrait l'induire également de ce paragraphe de Gaius, qui, rapprochant précisément l'*obligatio verbis* de l'*obligatio litteris*, semble exiger, pour l'existence de l'une comme de l'autre obligation, la nécessité de deux actes réciproques des parties : « Quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat; et in nominibus, alius expensum ferendo obliget, alius (*referendo*) obligetur (3).

1421. Ce qui est certain, c'est que c'était un devoir pour le débiteur d'inscrire sur son registre, comme reçue (*accepta relata*), la somme qu'il avait autorisé le créancier à écrire sur le sien comme pesée et donnée (*expensa lata*) : la dénomination du registre, *codex accepti et expensi*, est un indice suffisant; et d'après Cicéron, ne pas écrire l'un (l'*acceptum*), ou écrire faus-

(1) GAIUS. Comm. 3. § 138. — (2) CICÉRON. *Pro Q. Roscio comœdo*, argumentant contre l'existence ou la sincérité d'un *nomen*, de ce que la mention en est oubliée (*jacet*) depuis trois ans dans les notes mensuelles (*in adversariis*) : Orat. 3. § 3 : « Quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti?... sunt duo menses jam dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid si tandem amplius triennio est? quomodo, quum omnes qui tabulas conficiant, menstruas pene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere pateris? Utrum cætera nomina in codicem accepti et expensi digesta habes, an non? Si non, quomodo tabulas conficis? Si etiam, quamobrem, quum cætera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum, in adversariis relinquebas? » — (3) GAI. Comm. 3. § 137. Le mot *referendo* n'est là que par conjecture; celui que portait le manuscrit est illisible.

sement l'autre (l'*expensum*), ce sont deux actes d'improbité également honteux : « Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur; sic improbum est non referre quod debeas (1). » Enfin la nécessité bien reconnue, en cas de contestation entre les parties, d'apporter chaque registre et de les confronter, fournit un nouvel argument (2). Mais le plus concluant dans la question reste toujours ceci : pour le contrat *verbis*, chacun doit parler; donc, pour le contrat *litteris*, chacun doit écrire. — Toutefois, je crois pouvoir me déterminer avec conviction pour la négative. Dans mon opinion, sans doute l'inscription du *nomen* sur le registre du débiteur, régulièrement, doit avoir lieu; mais elle n'est pas une condition essentielle et sacramentelle pour l'existence de l'obligation. Sans quoi, le procès civil se bornerait à la confrontation des deux registres : l'inscription manquant sur celui du débiteur, tout serait dit. Faute de cette inscription, l'obligation n'aurait jamais pris naissance, pas plus que dans une stipulation faute de réponse : il n'y aurait plus à plaider sur ce point. Or, nous voyons qu'il n'en était pas ainsi. C'est qu'en réalité, deux faits seulement constituaient l'essence de l'obligation *litteris*, savoir : l'inscription de la somme, en la formule consacrée, comme *expensa lata*, sur le registre du créancier; et, en outre, le consentement ou ordre du débiteur pour cette inscription. Celui qui se prétendait créancier *litteris* avait ces deux faits à prouver. Le premier, matériellement, par l'apport de ses *tabulæ* portant l'inscription; le second, par tous les moyens possibles d'établir qu'elle avait été faite du consentement ou sur l'ordre du débiteur; de même que dans la stipulation, on laisse à sa charge de prouver par tous les moyens possibles qu'il a interrogé et que l'autre partie a répondu (3). — Apporter son seul registre en témoignage, c'eût été de l'impudeur, nous dit Cicéron; apporter ses seules notes mensuelles, c'était de la démence : parce qu'ici la solennité essentielle de l'inscription n'était pas même encore remplie (4).

---

(1) Cicéron. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3. § 1. — (2) On peut voir encore un vestige de cette obligation de l'apport des registres, au Digeste de Justinien, dans tout le titre *De edendo*, liv. 2. tit. 13. — (3) Cicéron. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3. § 3 : « Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo præsente? quis spopondisse me dicit? Nemo. » — N'était-ce pas pour faire preuve de ce consentement du débiteur à l'expensilation, qu'on y faisait intervenir quelquefois ces témoins, ces agents intermédiaires (*pararii*), dont nous parle Senèque, lorsque, déplorant le peu de crédit accordé à la bonne foi et les précautions dont on s'entoure dans les affaires, il dit : « Cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes. Ille *per tabulas*, plurium *nomina, interpositis parariis, facit* : ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit? » (Senèque. *De beneficiis*, lib. 3. § 15.) — Et ailleurs, parlant de ceux qui ne veulent recevoir qu'en secret, sans donner des sûretés : « Quidam nolunt *nomina secum fieri, nec interponi pararios*, nec signatores advocari, nec chirographum dare » (*Ibid*. lib. 2. § 23). — (4) Cicéron. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3. § 2. — Suum codicem testis loco recitare, arrogantiæ est : suarum præscriptionum et liturarum adversaria proferre non amentia est?

Le moyen de preuve régulier, ordinaire, c'était la concordance des deux registres : moyen tout à fait dans l'esprit de ce genre de contrat dont l'utilité devait être d'éviter la nécessité de toute autre preuve. Voilà pourquoi ne pas opérer l'inscription sur son registre, c'était, de la part du débiteur, un acte d'improbité. Mais s'il n'y a pas accord entre les deux registres, lequel croire? Pourquoi, dit Cicéron, plutôt celui-ci que celui-là (1)? Alors il y a doute : il s'agit de vérifier si l'inscription qui se trouve sur le *codex* du prétendu créancier a été faite avec ou sans le consentement du prétendu débiteur. Mais, en définitive, et cette observation que nous fournit Cicéron est décisive, on condamnera les tables infidèles : celles du débiteur, s'il n'a pas porté sur son registre le *nomen* qu'il a autorisé le créancier à inscrire sur le sien ; ou celles du prétendu créancier, s'il a faussement inscrit un *nomen*, sans autorisation de celui à qui il l'attribue (2). C'est-à-dire que le défaut d'inscription sur le registre du débiteur n'empêche pas l'obligation d'exister ; et que l'inscription sans ordre du débiteur sur le registre de celui qui se prétend créancier, ne la fait pas naître (3).

1422. Après avoir épuisé ce qui concerne la forme du contrat *litteris*, arrivons à ce qui en fait le fond et à ses effets. L'expensilation est restée, beaucoup plus que la stipulation, dans la voie stricte de leur origine commune, dans les règles précises du *mutuum*, de ce *mutuum* primitif, dans lequel le métal était mesuré *per æs et libram*, et dont elle n'est qu'une supposition sacramentelle. Ainsi, tandis que la stipulation, comme vestige des paroles qui formaient la loi d'une mancipation, s'est étendue à toute sorte d'engagement, l'expensilation est demeurée restreinte aux obligations de quantités certaines, de sommes d'argent (*pecunia certa*) ; elle ne peut pas avoir d'autre objet. — Tandis que la stipulation a pu être modifiée par des conditions diverses, l'expensilation est restée non susceptible d'être faite sous condition,

(1) CICÉRON. *Ibid.* § 1 : « Expecto, quam mox Chærea hac ratione utatur : Egone hanc manum, plenam perfidiæ, et hos digitos meos impellere potui, ut falsum perscriberent nomen? Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen ; at in hujus non erit. Cur potius illius, quam hujus, credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset? » — (2) CICÉRON. *Ibid.* § 1 : « Æque enim tabulæ condemnantur : ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum perscripsit. » — (3) C'est ce que confirme encore ce passage d'une Verrine de Cicéron, reprochant à Verrès ses infidélités envers son pupille, où l'on voit que les juges auront à apprécier les surcharges et les ratures (*lituræ*) qui existent dans les *nomina* tant en crédit qu'en débet, et qui peuvent en établir la fausseté. « Deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit : expensa Chrysogono Servo H. S. sexcenta millia accepta pupillo Malleoli retulit. Quomodo ex decies H. S. sexcenta sint facta ; quomodo D. C. eodem modo quadrarint, ut illa de Cn. Carbonis pecunia, reliqua H. S. sexcenta facta sint ; quomodo Chrysogono expensa lata sint ; cur id nomen infimum, in lituraque sit, vos existimabitis. Tamen H. S. sexcenta millia quum accepta retulisset, H. S. quinque millia soluta non sunt. » (CICÉRON. *In Verrem*, actio 2. lib. I. § 36.)

puisqu'elle est la supposition d'un pesage et d'un *mutuum* tenus pour accomplis. C'est ce que nous apprennent les fragments du Vatican : « Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur (1). »

1423. Enfin, sous le rapport de la cause qui peut amener et justifier l'expensilation, il y a un rapprochement instructif à faire avec ce que nous avons déjà dit à ce sujet de la stipulation (n° 1376). Régulièrement la promesse, dans le contrat verbal, intervient par suite de quelque fait préexistant qui la motive, de quelque engagement antérieur à remplir, ou d'une intention de libéralité; il en est absolument de même de l'expensilation. C'est parce que je vous dois par suite d'une vente, d'un louage, ou bien parce que je veux vous faire une libéralité, que je vous autorise à porter à ma charge, sur votre registre, telle somme comme *expensa*. Cette obligation nouvelle, contractée *litteris*, opère-t-elle novation de l'ancienne? Sans doute, s'il existait un engagement antérieur, auquel il est satisfait de cette manière, cet engagement se trouve éteint et remplacé par l'obligation *certæ pecuniæ*, résultant de l'expensilation. Mais il faut appliquer ici indubitablement ce que nous avons vu qu'Ulpien et Pomponius disent de la stipulation : si le contrat *litteris* intervient immédiatement, à la suite d'un *mutuum*, les deux actes n'en font qu'un, et il n'y a pas alors de novation (2). De même quand l'expensilation est consentie par pure libéralité (3). — Jusqu'ici le contrat *litteris* ne diffère pas, sur ce point, du contrat verbal. Mais la stipulation peut intervenir aussi par suite d'une cause future, d'un engagement à venir que le stipulant a contracté ou contractera de son côté. En était-il de même de l'expensilation? Tout nous autorise à décider que telle n'était pas sa destination; précisément par la même raison qui l'empêchait de pouvoir être faite conditionnellement : parce qu'elle était la supposition d'un pesage et d'un *mutuum* tenus pour accomplis, et qu'à son égard on restait strictement dans cette idée. — Mais enfin, si, de fait, le contrat *litteris* a eu lieu avec régularité, quant à la forme et quant au consentement, mais sans cause qui le justifie, ou sur une fausse cause, qu'arrivera-t-il? Il en sera comme de la stipulation. Les paroles ont été prononcées, dans un cas, l'écriture consacrée a eu lieu, dans l'autre : à quelle occasion? Le droit strict ne s'en occupe pas; les paroles, l'écriture prescrites, voilà pour lui la *causa* qui lie les parties :

---

(1) Vaticana Jur. Rom. Frag. § 329. — Rapprocher DIG. 50. 17. *De regul. juris* 77. fr. Papin. — (2) Voir ci-dessus, p. 224, note 1, et DIG. 46. 2. *De novat*. 6. § 1. f. Ulp. 7. f. Pomp. — 45. 1. *De verbor. oblig*. 126. § 2. f. Paul.: « Quoties pecuniam mutuam dantes, eam stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. » — (3) Comme dans l'exemple donné par Valère-Maxime, ci-dessus, page 248, note 2. — Dans ses *Observations sur le contrat litteris* (1873), notre savant collègue M. Gide fait ressortir la différence entre ce contrat et la novation opérée par la stipulation.

l'obligation civile existe. Toutefois la jurisprudence et le droit prétorien viendront ici, comme dans le cas de stipulation, au moyen de l'exception de dol, remédier à l'iniquité de cette rigueur civile. Ainsi, après avoir raconté le subterfuge à l'aide duquel Pythius, le banquier de Syracuse, fait acheter ses jardins par le chevalier romain Canius; après avoir montré l'acheteur engoué, consentant à quelque prix que ce soit, et se liant par obligations littérales (*nomina facit*), ce qui transforme le lien de la vente, qui était de droit des gens et de bonne foi, en un lien de strict droit civil : Cicéron regrette qu'à cette époque son collègue Aquilius n'eût pas encore émis les formules contre le dol (1).

1424. Pour terminer ce rapprochement entre l'expensilation et la stipulation, il ne reste plus qu'à parler de l'action; dans les deux cas, c'est là *condictio,* la même que pour le *mutuum*. Avec cette observation, toutefois, qu'ici encore, l'expensilation restant plus fidèle que la stipulation à l'idée primitive, continuant à n'être que la supposition d'un *mutuum* tenu pour accompli, et ne pouvant en conséquence s'appliquer qu'à des sommes pécuniaires certaines (*certa pecunia*), elle ne donne jamais lieu, de même que le *mutuum,* qu'à une *condictio certi* (2).

1425. Ainsi le parallélisme est complet, et l'enchaînement successif qui relie ces trois institutions remarquables nous en révèle la nature. Nous voyons comment le *nexum,* le pesage du métal *per æs et libram* (plus tard le simple *mutuum*) engendre, par le passage de la solennité matérielle aux paroles, puis à l'écriture : d'abord la stipulation *pecunia stipu-lata* d'une part, — *sponsa* de l'autre); ensuite l'expensilation (*pecunia expensa-lata* d'une part, — *accepta relata* de l'autre); et comment cette dernière reste plus strictement renfermée dans les conditions de son origine première, tandis que la stipulation reçoit plus d'étendue. — Nous comprenons dès lors ce que signifie cette phrase de Cicéron : que, du moment qu'il s'agit d'une somme certaine (*certa pecunia*), demandée en vertu d'un contrat, par une action de droit strict, il faut nécessairement que cette somme

(1) CICÉRON. *De officiis,* lib. 3. § 14. — « Emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit, et emit instructos, *nomina facit,* negotium conficit... nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas. » — On peut voir encore, dans les lettres de Cicéron à Atticus, les *nomina* faits par suite de cette honteuse et incroyable convention de brigue, lue en plein sénat, par laquelle deux compétiteurs au consulat promettaient 400,000 sesterces aux consuls sortants pour arriver à les remplacer, à l'aide d'actes supposés et d'attestations mensongères : « Hæc pactio non verbis, *sed nominibus* et perscriptionibus, multorum tabulis, cum esse facta diceretur, prolata a Memmio est, *nominibus inductis,* auctore Pompeio. » (CICÉRON. *Ad Atticum,* lib. 4. epist. 18.) — (2) DIG. 12. 1. *De rebus creditis,* 9. f. Ulp. : « Certi condictio competit ex omni obligatione, ex qua certum petitur. » — C'est précisément à l'occasion des *nomina* que Cicéron fait cette comparaison si connue entre le *judex* et l'*arbiter,* entre l'action de droit strict (*cum certum petimus*) et l'action de bonne foi. CICÉRON, *Pro Q. Roscio comœdo,* orat. 8. § 4.

ait été ou *data*, ou *stipulata*, ou *expensa lata*, c'est-à-dire qu'il y ait eu contrat civil, ou *re*, ou *verbis*, ou *litteris* (1). (A. 10, liv. 3.)

1426. Nous comprenons également les détails que nous donne Gaius, lorsqu'il nous dit que le contrat *litteris*, tel qu'il existe encore à cette époque, où il porte l'appellation spéciale de *nomen transcriptitium*, a lieu de deux manières : soit *a re in personam*, lorsque ce que tu me dois pour cause d'achat, de louage, de société, ou pour tout autre motif préexistant, je le porte, par ton ordre, sur mon registre, à ta charge, comme *expensum* : de sorte que le premier engagement se trouve éteint, et remplacé par le nouveau, formé *litteris*. Soit *a persona in personam*, lorsque ce que Titius me doit, je le porte, par ton ordre, à ta charge, sur mon registre, comme *expensum*, Titius t'ayant délégué à moi comme débiteur à sa place : de telle sorte que l'engagement de Titius est éteint et remplacé par celui que tu as contracté *litteris*. Ces notions, que nous donnaient déjà, d'une manière trop sommaire, l'abrégé de Gaius dans le *Bréviaire d'Alaric* et la paraphrase de Théophile, ne sont qu'une application des principes que nous venons d'exposer sur la cause qui peut amener et justifier l'obligation *litteris*; et elles s'éclaircissent complétement par ces principes (2).

1427. Le nom de *nomen transcriptitium* donné, à cette époque, à ces sortes de créances a été attribué par quelques-uns à cette circonstance, que la mention solennelle en est transcrite du brouillon (*adversaria*) sur le registre domestique (*codex*). D'autres voient, avec plus de raison suivant nous, l'origine de cette dénomination dans la novation que cette sorte de créance opère presque toujours, selon les expressions mêmes de Gaius : « a re in personam *transcriptio fit*; a persona in personam *transcriptio fit*. »

1428. Cependant l'usage des tables domestiques tomba en désuétude. Tandis que Cicéron regarde, encore de son temps, comme nouveau et inouï qu'un citoyen ait négligé de les tenir,

---

(1) Cicéron. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3. § 4 : « Annumerasse sese negat (c'est le *mutuum*) ; expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat : præterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. » — Et dans le § 5, avec plus de précision encore : « Pecunia petita est certa... Hæc pecunia necesse est, aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur : expensam latam non esse, codices Fannii confirmant : stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit. » — (2) Gai. Com. 3. § 128 : « Litteris obligatio fit veluti in *nominibus transcriptitiis*. Fit autem *nomen transcriptitium* duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam. — § 129. (*a re in personam* tran)scriptio fit, veluti si id, quod m(*odo*) ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. — § 130. *A persona in personam* transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi. » — Nous lisions déjà dans l'*Epitome* de Gaius, d'après le *Bréviaire d'Alaric* : « Litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam aut a persona in personam. » (Lib. 2. tit. 9. § 12.) — Quant à la paraphrase de Théophile, sous notre titre, voir ci-dessus, page 248, note 3.

nous ne voyons pas même qu'il en soit mention dans ce que nous dit Gaius des *nomina transcriptitia*, au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle. On n'a plus voulu, suivant Asconius ou le faux Asconius, consigner sur un registre tous les actes de sa vie et se faire condamner par l'attestation de ses propres écritures (1). Et l'on pourrait aller jusqu'à induire du silence de Gaius sur le *codex*, que déjà à cette époque les *nomina transcriptitia* pouvaient se faire par des écrits séparés. Mais ce ne serait là qu'une conjecture mal fondée : on conçoit très-bien que si l'usage des tables domestiques, telles que les tenaient les anciens, c'est-à-dire avec la consignation entière de tous les actes relatifs au patrimoine, avait perdu le caractère et la généralité que nous trouvons à cet usage aux temps de la République, néanmoins il avait pu continuer plus longtemps, en se restreignant communément à l'inscription des *nomina transcriptitia*, et exister encore à l'époque de Gaius, ainsi que l'atteste d'ailleurs formellement le témoignage d'Aulu-Gelle, contemporain de notre juris consulte (ci-dessus, n° 1419, note 1).

Nous rencontrons encore plus tard l'indication de l'obligation *litteris*, dans le code Théodosien, en une constitution d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose (2); mais ici elle ne s'applique déjà plus aux *nomina transcriptitia*.

Les *argentarii* (ou *mensularii, nummarii*), c'est-à-dire les banquiers, furent les derniers chez qui se conserva l'usage, de plus en plus altéré, de ces *nomina* (3). C'est à leur occasion qu'on

---

(1) ASCONIUS. *In Verrem*, act. 2. lib. 1. § 23 : « Sed postquam, obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, tota hæc vetus consuetudo cessavit. » Voir ci-dessus, n° 1416, note 1. — (2) CODE THÉODOS. 2. 4. *De denuntiatione vel edictione rescripti*. 6. const. Arcad. Honor. et Théod. : « Si quis debiti quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est. » On voit qu'on ne nous parle plus ici de *pecunia expensa lata* ni de *codex accepti et expensi*, mais simplement d'un écrit (*cautio*). C'est, sans doute, le *chirographum* ou les *syngraphæ*, dont nous parlerons bientôt. — (3) L'usage des *argentarii*, établis ordinairement au forum, de leurs relations d'affaires avec les citoyens, de leur livre de compte et des inscriptions qui y sont faites en crédit ou en débet, remonte bien loin dans la vie sociale des Romains, puisque nous le trouvons déjà dans les comedies de Plaute, qui nous peint leur comptoir (*mensa*) entouré de courtisanes et de dissipateurs :

« Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis
» Referre habere, nisi pro tabulis, nescio,
» Ubi æra prescribantur usuraria.
» Adcipiat illico expensa, neque censeat. »
(PLAUTE, *Truculentus*, act. 1, scène 5, v. 51.)

La traduction de ces quatre vers par les littérateurs est curieuse!

Et, plus tard, dans celles de Térence :

*Dem.* « Sed transi, sodes, ad forum, atque illud mihi
» Argentum rursum jube rescribi, Phormio.
*Phorm.* « Quod ne ego perscripsi porro illis quibus debui? »
(TÉRENCE, *Phormio*, act. 5, scène 8, v. 89.)

en trouve même quelques vestiges encore dans le Digeste de Justinien (1). Mais, en réalité, sous cet empereur, l'institution depuis longtemps n'existe plus : « *Quæ nomina hodie non sunt in usu,* » dit notre texte.

### *Des* Chirographa, *des* Syngraphæ *et des* Cautiones.

1429. L'expensilation, de même que la stipulation, était éminemment, dans son origine, une forme civile de s'obliger, réservée, par conséquent, aux seuls citoyens romains. Toutefois, les relations commencées et étendues de plus en plus avec les *peregrini* ont adouci sur ce point les idées. Nous avons vu comment, à l'aide d'un changement de formule, l'obligation *verbis* avait été étendue aux étrangers (ci-dessus, n° 1239); fit-on quelque chose de semblable pour l'obligation *litteris ?* Le manuscrit de Gaius nous révèle, à ce propos, une dissidence remarquable entre les Sabiniens et les Proculéiens. Ceux-ci, d'après l'avis de Nerva, s'en tenaient au droit civil, et déclaraient le *nomen transcriptitium* inapplicable dans tous les cas aux obligations des étrangers. Sabinus et Cassius, au contraire, pensaient qu'il pouvait être employé à leur égard, lorsqu'il ne s'agissait que de transporter leur obligation d'une cause préexistante en une obligation littérale (*a re in personam*), mais non d'une personne à une autre (*a persona in personam*) (2).

1430. Mais bien avant l'existence de ces deux écoles, à l'époque où l'obligation *litteris*, produite par l'expensilation sur les registres domestiques, était encore exclusivement et sévèrement réservée aux citoyens, on avait admis pour les étrangers une autre forme d'obligation par l'écriture : les *chirographa* et les *syngraphæ* (3). — Asconius ou le faux Asconius nous indique entre le *chirographum* et les *syngraphæ* cette différence : que la première dénomination s'appliquait à l'écrit émané seulement de la main de la personne obligée ; et la seconde aux écrits signés des diverses parties et remis en exemplaires différents à chacune d'elles (4). — Quels devaient être la forme et le contenu de

---

(1) DIG. 2. 14. *De pactis*. 9. fr. Paul. : « Plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii quorum *nomina* simul *facta sunt*. » — *Ib.* dans le fragment 47. § 1 de Scævola, à propos d'un *mensularius : « ratio accepti atque expensi;* » — 4. 8. *De receptis qui arbitrium receperunt*. 34. fr. Paul. : « Idem in duobus argentariis, quorum *nomina* simul eunt. » — Voir aussi le titre *De edendo* (2. 13.) quant à ce qui concerne les *tabulæ, codex* ou *rationes* des *argentarii*. — Voir même un fragment de Pomponius où l'on a laissé, à côté de la stipulation, la mention des anciens *nomina,* bien qu'ils n'existent plus : DIG. 33. 1. *De ann. legat.* 1. fr. Pompon. « Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocunque loco petatur, dari debet : sicut ex stipulatu aut *nomine facto* petatur. » — (2) GAIUS. Com. 3. § 133. — (3) *Chirographum* ou *chirographus,* des deux genres. — *Syngrapha* ou *syngraphus,* des deux genres au singulier; et au pluriel, seulement *syngraphæ*. — (4) ASCONIUS. *Ad Ciceron. in Verr.*, act. 2. lib. 1. § 36 : « Chirographa

pareils écrits? C'est ce que nous ne savons pas d'une manière précise. Gaius ne semble indiquer qu'une chose comme nécessaire : la déclaration écrite de celui qui veut s'obliger, qu'il doit tant, ou qu'il donnera tant : « Si quis debere se, aut daturum se scribat (1). »

Du reste, il ne tient qu'à nous de prendre dans Plaute, travesti sous la forme plaisante de la satire comique, un modèle de *syngraphæ*, avec les lois (*leges*) qui y sont imposées aux parties (2); et nous trouvons en vestige, au Digeste de Justinien, dans des fragments de Scævola et de Modestinus, deux exemples de *chirographa* (3).

**1431.** Le caractère de ces écrits, même de nos jours et après les indications fournies par le manuscrit de Gaius, est encore contesté. Constituaient-ils par eux-mêmes une forme particulière d'obligation? ou n'étaient-ils que des *instrumenta*, que des moyens de preuve du fait obligatoire? Cette dernière opinion est assez communément reçue chez les écrivains allemands. L'autre me paraît cependant la mieux fondée. Gaius ne s'exprime pas, il est vrai, pour ces sortes d'écrits comme pour les *nomina transcriptitia*; il ne dit pas : « *litterarum obligatio fit*; » il dit seulement : « *fieri videtur*. » Mais cela vient de ce qu'en effet ce n'est point ici la véritable obligation *litteris* du pur droit civil des Romains; c'est seulement une sorte d'obligation admise par assimilation, pour les relations avec les étrangers. C'est après avoir si soigneusement et si formellement expliqué comment les *arcaria nomina* ne forment pas obligation, mais en fournissent seulement témoignage, que Gaius parle des *chirographa* et des *syngraphæ* comme d'un mode d'obligation. De plus, cette restric-

---

ab una parte servari solent; syngraphæ signatæ utriusque manu, utrique parti servandæ traduntur. » (Voir tom. I, *Généralisation*, n° 173, pag. 448.)

(1) Gaius. Com. 3. § 134 : « Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est. » — (2) Plaute. *Asinaria*, act. 4, scène 1, vers 1 et suiv. :

*Diabolus*. « Age dum, istum ostende quem conscripsisti syngraphum. »

Et après que le parasite a lu son facétieux projet :

« . . . . . . Pulchre scripsisti! scitum syngraphum!
» Placent profecto leges. »

— (3) Le premier exemple, tiré de Scævola, est une lettre (*epistola*) d'un banquier, que le jurisconsulte qualifie expressément de *chirographum* : Dig. 2. 14. *De pactis*. 47. § 1. fr. Scæv. — Voici le second, au Dig. 22. 1. *De usuris*. 41. § 2. fr. Modest. : « Ab Aulo Agerio Gaius Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo : *ille scripsit, me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem : quos ei reddam kalendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos*. Quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, et quæ? Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse. » — Il n'est pas sans utilité pour notre sujet de faire remarquer que la décision serait semblable pour le cas de stipulation. *Ibid*. 31. fr. Ulp.

tion qu'il apporte : « *Ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat,* » est bien significative. « Pourvu qu'il n'y ait pas eu stipulation, » donc les *syngraphæ* et les *chirographa* ne sont pas de simples actes probatoires, autrement ils serviraient à prouver la stipulation aussi bien que tout autre contrat. Mais ils sont par eux-mêmes des modes de contracter obligation; ainsi, bien qu'aucune stipulation ne soit intervenue, et que par conséquent il n'y ait pas d'obligation verbale, on est lié par cette écriture. — Les *syngraphæ* ont une apparence plus antique que les *chirographa*. Ce sont eux qu'on trouve mentionnés dans les anciens auteurs : dans Plaute, au temps de la deuxième guerre punique (1); un siècle plus tard, dans Cicéron, qui en parle toujours à l'occasion des rapports d'affaires entre les citoyens et les habitants des provinces (2); et leur caractère obligatoire ressort énergiquement de cette interpellation de l'orateur peignant l'incertitude des élections, les agitations et les tempêtes populaires des comices : Pergitisne vos, tanquam est *syngrapha* agere cum populo, ut quem locum semel honoris cuipiam dederit, eumdem reliquis honoribus debeat (3)? » Mais si les *syngraphæ* paraissent appartenir plus à l'antiquité que les *chirographa*, ils disparaissent aussi les premiers. Je ne retrouve plus leur nom dans le Corps de droit de Justinien, tandis que celui de *chirographa* s'y rencontre fréquemment. — Le *chirographum*, en effet, s'allie avec les temps plus récents; il vient y modifier sa nature, s'y transformer, et opérer la fusion avec ce qui reste dans le droit de Justinien des obligations contractées *litteris*. Cette transformation est véritablement le point le plus obscur, le moins saisissable de la matière. Nous aurons à l'expliquer. Mais nous tenons qu'au temps de Gaius, d'après le témoignage même de ce jurisconsulte, les *chirographa* et les *syngraphæ* opéraient d'une manière analogue précisément à la stipulation et à l'expensilation : ils ne constataient pas une obligation préexistante, par exemple une obligation provenant d'une vente, d'un louage, d'un délit ou de toute autre cause, afin qu'on pût en prouver l'existence et exercer

(1) Voir page précédente, la note 3. — Les comédies de Plaute remontent aux années 548 et suiv. de Rome (210 et suiv. av. J. C.). — (2) Cicéron. *De legibus*, liv. 3. § 8, au sujet de ceux qui ne prennent de mission dans les provinces que pour y faire leurs affaires, et non celles de la République : « Jam illud apertum profecto est, nihil esse turpius, quam quemquam legari nisi Reipublicæ causa. Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint, qui, legatione, hæreditates aut *syngraphas suas* persequuntur. » Ailleurs, aussi : « Malleolus in provinciam sic copiose profectus erat, ut domi prorsus nihil relinqueret : præterea pecunias occuparat apud populos, et *syngraphas* fecerat. » (*In Verrem*. act. 2. lib. 1. § 36.) — En effet, c'est l'obligation *litteris* des étrangers. « Quod *genus obligationis proprium peregrinorum est,* » dit Gaius. Mais on voit que les citoyens romains y figurent. — Quant aux *chirographa*, on en peut voir l'indication dans les passages que nous avons cités de Sénèque, page 250, note 3; et d'Aulu-Gelle, page 248, note 1. — (3) Cicéron. *Pro Murena*, § 17.

les actions qui s'y référaient; au contraire, ils éteignaient cette obligation première avec ses actions, ils en opéraient novation, et la remplaçaient par l'obligation *litteris*. C'était l'obligation littérale à la portée des *étrangers*.

1432. Il faut distinguer soigneusement de ces écrits tous ceux qui n'étaient que des instruments probatoires, sous les qualifications diverses de *instrumentum, scriptura, libellus, charta, chartula :* toutes ces écritures dont Gaius a dit : « Fiunt, ut quod actum est per eas facilius probari possit (1) ; » et Constantin : « Eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium (2). » Ces sortes d'écritures étant une sûreté que prennent les parties intéressées pour pouvoir faire la preuve des faits, les expressions générales du droit romain, *cavere, cautio,* peuvent s'y appliquer et s'y appliqueut fréquemment. En effet, nous trouvons ces expressions employées par les jurisconsultes pour désigner l'écriture probatoire, en matière de divers contrats : par exemple, de dépôt, de vente, de stipulation, de fidéjussion, souvent aussi de quittance destinée à constater le payement (3).

1433. Mais plus spécialement *cautio* désigne la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*); dans la plupart des cas, comme conséquence d'un *mutuum* déjà fait ou qui est à faire. En ce sens, le mot général *cautio* se particularise en sa signification, et se rapproche tellement de celle de *chirographum,* qu'il nous paraît en devenir synonyme. Déjà, dans la langue des jurisconsultes romains, les deux mots s'alliaient quelquefois (4). Une constitution impériale d'Alexandre Sévère qualifie d'obligation la *cautio* (5). Enfin, au temps d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose, elle nous est présentée par

(1) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum;* 4. f. Gai. — (2) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. Constant. — (3) *Pour le dépôt,* voici trois exemples de pareils écrits : Dig. 16. 3. *Depositi;* 24. f. Papin.; 26. § 1. f. Scæv. « L. Titius ita cavit : *habeo apud me titulo depositi;* » et § 2 « epistola *cavit* »... etc., etc. — *En matière de vente :* Dig. 18. 3. *De lege commiss.* 2. fr. Pomp... etc. — *En matière de stipulation :* Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 121. pr. fr. Papin. « Ex ea parte *cautionis.* » et 134. § 2. fr. Paul. : « Litteris suis præstaturum se *caverit* pecuniam. » — 45. 2. *De duob. reis.* 11. §§ 1 et 2. f. Papin. « Cum ita *cautum* inveniretur. » — Cod. 8. 38. *De contrah. stipul.* 1. const. Sever. et Anton. « Licet epistolæ... additum non sit stipulatum esse eum cui *cavebatur.* » — *Pour la fidéjussion :* Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 27. const. Justinian. « *Cautionem* faciat ostendens se fidejussorem extitisse, » etc., etc. — *Pour la quittance :* Dig. 46. 3. *De solution.* 5. § 3. f. Ulp. « Si quis *caverit* debitori : in sortem et in usuras se accipere. » — Dig. 22. 3. *De probation.* 15. f. Modest. : « Fideicommissa solvit, *cautionem* accepit. » — Cod. 8. 43. *De solution.* 6. const. Gordian. : « Universum se recepisse *cavit,* » etc., etc. — (4) Dig. 13. 6. *Commodat.* 5. § 8. fr. Ulp. « si tibi codicem commodavero, et in eum *chirographum* debitorem tuum *cavere* feceris. » — (5) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 7. const. Alexand. « si quasi accepturus mutuam pecuniam adversario *cavistis :* quæ numerata non est, per condictionem *obligationem* repetere... potestis. »

ces princes comme le moyen de former l'obligation *litterarum* (1). Le *codex accepti et expensi*, les *nomina* tant *arcaria* que *transcriptitia* sont tombés en désuétude. Les *syngraphæ* eux-mêmes, quoique provenus du droit des gens, n'apparaissent plus. Les *chirographa* se présentent encore quelquefois en dénomination, jusque dans le Corps de droit de Justinien; mais ils ont pour synonyme la *cautio*, entendue comme promesse écrite de payer une somme déterminée, le plus fréquemment pour cause de *mutuum*. C'est cette *cautio* qui est véritablement la dénomination régnante et presque toujours employée (2). Mais quels étaient les effets du *chirographum* ainsi transformé, ou de la *cautio*, son synonyme? C'est ce qu'il importe de voir. On a plus d'une fois plaisanté Justinien sur son obligation *litterarum*, imaginée, dit-on, par lui, en l'honneur de l'ancienne division des contrats. Il sera facile de nous convaincre que les rédacteurs des Instituts de Justinien n'ont rien imaginé; que ce qu'ils ont pris, c'est véritablement le contrat *litteris*, tel qu'il leur était parvenu dans ses transformations, tel qu'il existait à leur époque dans la société et dans la pratique des affaires. Théophile nous le disait déjà en ces termes : Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in communi vita versari quandam litterarum obligationem, sed quæ aliam formam aliamque figuram habeat (3). » Quelques explications sur notre paragraphe vont nous le démontrer.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane *si quis debere se scripserit* quod ei numeratum

Il se contractait jadis par l'écriture une obligation qu'on disait formée *nominibus*. Ces *nomina* aujourd'hui ne sont plus en usage. Mais si *quelqu'un a*

---

(1) Code Théodosien, liv. 2. tit. 4. *De denuntiatione vel edictione rescripti*. 6. const. Arcad., Honor. et Théod. « si quis debiti quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in *litterarum obligationem*, facta *cautione*, translatum est... » etc. — C'est bien là précisément ce que Gaius nous dit de l'ancien contrat *litteris* : la translation d'une obligation primitive en obligation littérale. — Rapprocher le liv. 2. tit. 27. *Si certum petatur de chirographis*, au même Code. — (2) Voici des citations qui présentent encore l'expression de *chirographum*, dans le Corps de droit de Justinien. D'abord dans les fragments des jurisconsultes : Dig. 22. 3. *De probation*. 24. f. Modestin. « chirographum cancellatum; » et 31. f. Scævol. — 44. 4. *De doli except*. 17. pr. f. Scævol. — Voir, en outre, les fragments, toujours des deux mêmes jurisconsultes, cités ci-dessus, page 257, note 3. — Puis, dans les constitutions impériales : Cod. 4. 30. *De non. numer. pecun*. 5. const. Alexand. Sever. — 8. 43. *De solution*. 14. « Chirographum acceptæ pecuniæ. » 15, 18, 22 et 25. « chirographum condicere : » toutes constitutions de Dioclétien et Maximien. — Quant à l'expression de *cautio*, employée dans le sens indiqué : Dig. 2. 14. *De pactis*. 2. § 1. f. Paul. — 13. 5. *De pecun. constitut*. 24. f. Marcell. — 22. 3. *De probation*. 25. § 4. fragment de Paul, reproduit à peu près dans une constitution de Justin. Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun*. 13. — Dans le Code Hermogénien, au titre *De cauta et non numerata pecunia*, en une constitution de Marc-Aurèle. — Enfin, dans le Code de Justinien, tout le titre 30 du livre 4. *De non numerat. pecun.*, depuis la constitution 1, de Sévère et d'Antonin, jusqu'à la dernière de Justinien. — (3) Paraphrase de Théophile, *hic*.

non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, *cessante scilicet verborum obligatione*. Multum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

*déclaré par écrit devoir une somme* qui ne lui a pas été comptée, il ne peut plus, après un long temps, opposer l'exception tirée du défaut de numération : ainsi l'ont fréquemment décidé les constitutions. Voilà comment il arrive aujourd'hui que, ne pouvant plus se plaindre, l'écriture l'oblige et donne naissance à une condiction, *en l'absence, bien entendu, d'obligation par paroles*. Le long temps fixé pour délai à cette exception s'étendait, d'après les constitutions impériales qui nous sont antérieures, jusqu'à cinq ans. Mais pour que les créanciers ne soient pas trop longtemps exposés à la perte frauduleuse de leur argent, nous avons, par notre constitution, réduit ce délai à deux ans.

1434. Pour comprendre la déchéance graduelle du contrat *litteris*, et sa transition à l'état où nous le trouvons sous Justinien, il faut remonter jusqu'aux temps des jurisconsultes classiques, et voir naître et se développer une institution qui a fini par le modifier profondément : l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

### *De l'exception* non numeratæ pecuniæ.

1435. Si dans un écrit, non pas formant obligation *litteris*, mais dans un simple écrit probatoire (*cautio*), remis au créancier comme instrument de preuve, quelqu'un constate qu'il est débiteur d'un tel pour cause d'achat, de louage, de société, de dommage occasionné, ou de tout autre fait, quelle est la cause de l'obligation? C'est uniquement le fait mentionné, et le créancier n'a pas d'autre action que celle produite par ce fait : l'action *empti, locati, pro socio, damni injuria*, ou toute autre, selon le cas. Mais si les choses étant en cet état, le débiteur, malgré l'écrit émané de lui, nie l'existence du fait mentionné, sur qui tombera la charge de la preuve? Sur ce débiteur. Non pas que son écrit le lie et produise obligation par lui-même, mais parce que cet écrit contient de sa part aveu, reconnaissance du fait obligatoire, et qu'on s'en tient à cet aveu : « Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni », à moins que par les preuves les plus évidentes, consistant aussi en écrits (*evidentissimis probationibus, in scriptis habitis*), il établisse la non-réalité du fait mentionné. Telle est la décision que nous donne le jurisconsulte Paul, et que nous trouvons reproduite dans une constitution de l'empereur Justin (1). — Mais si l'écrit destiné à former preuve (*cautio*) s'exprime confusé-

(1) Dig. 22. 3. *De probation*. 25. § 4. f. Paul. — Cod. 40. 30. *De non numerat. pecun*. 13. const. Justin.

ment (*indiscrete loquitur*), sans préciser distinctement le fait obligatoire, alors il ne contient pas aveu suffisant, et comme il ne forme pas obligation par lui-même, c'est au créancier à prouver qu'il lui est dû, et pourquoi il lui est dû : « Tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. » C'est encore la décision du même jurisconsulte (1).

1436. Voilà pour les écrits simplement probatoires (*cautiones*). Supposons maintenant qu'il soit intervenu une forme civile d'obligation, et, pour ne faire aucun doute, supposons une stipulation, ou une expensilation (*nomen transcriptitium*) : selon le strict droit civil, peu importe qu'il y ait ou non une cause préexistante : du moment que les paroles ou l'écriture voulues ont eu lieu, l'obligation existe; le débiteur est lié *verbis* ou *litteris*; le créancier a la *condictio*. — Mais nous savons que le droit prétorien et la jurisprudence sont venus au secours du débiteur; et, s'il a promis, s'il est obligé par l'écriture sans motif, ils lui concèdent, pour se défendre contre l'action du créancier, une exception (l'exception *doli mali*, ou une exception rédigée *in factum*). Ainsi, déjà il n'est plus aussi vrai que les paroles ou l'écriture consacrées obligent par elles-mêmes : au fond, il faut remonter à une cause première d'obligation, il faut que cette cause existe réellement, sinon l'obligation, quoique subsistant selon le strict droit civil, reste sans effet. — Toutefois, un point capital sépare encore ce cas du précédent : le débiteur niant qu'il y ait eu une cause réelle à la promesse ou à l'écriture, sur qui tombera le fardeau de la preuve? Sur ce débiteur. Car les paroles ou l'écriture le lient; il ne se défend contre l'action qu'à l'aide d'une exception : or, le principe général, c'est que celui qui oppose une exception doit prouver les faits sur lesquels il l'appuie : « *Qui excipit probare debet quod excipitur* », d'après les termes de Celse; « *Reus in exceptione actor est* », selon l'expression plus élégante d'Ulpien (2).

1437. Ici néanmoins se produit avec le temps, dans le droit romain, une nouvelle distinction bien importante. Si la promesse verbale ou l'obligation *litteris* ont eu lieu pour cause d'un *mutuum* ou prêt d'argent, et que le débiteur prétende que l'argent ne lui a pas été compté : il a, selon l'application de la règle précédente, pour se défendre contre l'action, une exception de dol qui, exprimée et rédigée en fait, prend le nom particulier d'exception *non numeratæ pecuniæ*. Plus d'un fragment des anciens jurisconsultes, et un paragraphe tout spécial des Instituts de Gaius et de Justinien, nous montrent positivement l'application de cette

---

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul. — (2) Dig. 22. 3. *De probat.* 9. f. Cels. — 44. 1. *De exception.* 1. f. Ulp.

exception au cas de stipulation (1). Nous ne la rencontrons pas mentionnée pour les anciens *nomina* résultant de l'expensilation, à cause de la désuétude où ces *nomina* sont tombés, et de la disparition ou de l'interpolation des fragments qui s'y référaient; mais elle apparaît en maint endroit, à l'égard de l'obligation *litteris* contractée par *chirographa* (2). — Du reste, si cette exception était restée dans la règle générale précédemment exposée pour les exceptions; c'est-à-dire si le débiteur, niant la numération des espèces, était resté soumis à l'obligation de prouver que cette numération n'avait pas eu lieu, nous n'aurions ici rien de nouveau Mais il s'introduisit cette règle toute particulière, toute dérogatoire aux principes communs, savoir : que, dans ce cas spécial, et sur la dénégation du débiteur, ce serait au créancier à prouver que réellement la numération des espèces avait eu lieu. Le motif que paraît en donner une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, c'est que raisonnablement une négation ne se prouve pas (3). Mais l'explication beaucoup plus fondée et plus concluante, c'est que l'intervention de la promesse verbale, ou de la promesse par *chirographum* pour cause de prêt, avait lieu souvent, chez les Romains, avant la numération des espèces; qu'il y avait là, pour le créancier, une occasion fréquente et facile de fraude; qu'en s'éloignant toujours davantage du strict droit civil, on considéra de moins en moins les paroles, l'écriture, et de plus en plus la réalité du *mutuum*. de telle sorte qu'on finit par exiger du créancier la preuve de cette réalité. Ce qui commença probablement pour les simples *cautions*, ou écrits probatoires d'un *mutuum* dans les cas où ils étaient rédigés confusément (*indiscrete*) et ne constituaient pas un aveu, une preuve suffisante de la numération des espèces (4), fut appliqué ensuite aux *chirographa* et

---

(1) GAI. Comm. 4. § 116 : « Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeratus, nec numeraverim... placet per exceptionem doli mali te defendi debere. » — DIG. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 3. f. Ulp. : « Si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec credidit :... dicendum erit nocere exceptionem. » *Ibid*. 4. § 16. f. Ulp. — Après avoir dit qu'on ne donne contre les ascendants ou les patrons, ni l'exception de dol, ni aucune autre pouvant porter atteinte à leur considération, mais que l'exception, en cas pareil, doit être rédigée en fait (*in factum*), le jurisconsulte ajoute, en forme d'exemple : « Ut si forte pecunia non numerata dicatur, objiciatur exceptio *pecuniæ non numeratæ*. » — INSTITUTS, *ci-dessous*, liv. 4. tit. 13. § 2. « Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit... placet per exceptionem *pecuniæ non numeratæ* te defendi debere. » — Voir aussi COD. 4. 30. *Non numerat. pecun*. 9. const. Dioclet. et Maxim. — (2) CODE THÉODOSIEN. 2. 27. *Si certum petatur de chirographis*. — CODE DE JUSTINIEN. 4. 30. *Non numerat. pecun*. 5. const. Alexand. — (3) COD. 4. 30. *De non numerat. pecun*. 10. const. Dioclet. et Maxim. « Cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. » — (4) COD. 4. 30. *De non numer. pecun*. 5. const. Anton. « si ex *cautione* tua : licet hypotheca data, conveniri cœperis : exceptione opposita, seu *doli*, seu *non*

aux stipulations motivées sur prêt d'argent. Ce fut là un grand pas de plus vers la déchéance de l'obligation civile, contractée par écrit ou même par paroles; car, je le demande, que devenait en ce cas le contrat *litteris*, ou le contrat *verbis?* et n'était-il pas vrai de dire, les choses étant ainsi, que ce n'était plus l'écriture, ni les paroles, mais seulement la numération des espèces qui obligeait?

1438. Toutefois, cette obligation, pour le créancier, de prouver la numération des espèces, ne lui fut pas imposée sans limite. Un temps fut fixé par les constitutions à celui qui avait fait la promesse soit *verbis*, soit *litteris*, pour soulever la contestation à cet égard (*legitimum tempus*, — *legibus definitum tempus*; — *tempus intra quod hujus rei querela deferri debet*; — *jure delata contestationibus tempora*) (1). Ce temps, comme nous le voyons par une constitution de Marc-Aurèle, dans le Code Hermogénien, et comme nous l'apprend Justinien lui-même, était de cinq ans (2). Le débiteur devait, dans cet intervalle, soit opposer l'exception *doli mali* ou *non numeratæ pecuniæ*, s'il était actionné par le créancier; soit commencer lui-même l'agression, et élever la contestation d'une autre manière, par exemple, en agissant par *condictio* pour se faire restituer son *chirographum* (3), si le créancier, afin de se ménager le temps, restait inactif. Ce délai passé sans contestation, on n'exigeait plus du créancier une preuve que le laps de temps aurait rendue de plus en plus difficile; le silence du débiteur était considéré comme un aveu, comme une reconnaissance de la numération des espèces : la promesse verbale, le *chirographum* ou même la *cautio*, reprenaient ou acquéraient toute leur force obligatoire, sans qu'il y eût plus lieu de s'inquiéter ni de rechercher si l'argent avait été compté ou non (4).

1439. Tels étaient les effets de l'exception *non numeratæ pecuniæ* et de sa déchéance. Cette exception, d'ailleurs, en fait de contrat *verbis*, ne s'appliquait absolument qu'au cas où la promesse était fondée sur un prêt de consommation (*pecunia credita*);

---

*numeratæ pecuniæ*, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequetur. »

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. Alexand. — 9. const. Dioclet. et Maxim., remarquable en ce qu'il s'agit de ce délai, pour le cas de stipulation. — Code Théodosien, 2. 27. *Si certum petatur de chirographis.* 1. const. Honor. Theod. et Constant. — (2) Code Hermogénien. *De cauta et non numerata pecunia.* « Ex cautione exceptionem non numeratæ pecuniæ, non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. » Const. Marc. Aurel. — Code Justinien. 4. 30. *De non numer. pecun.* 14. pr. const. Justinian. — (3) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 7. const. Alexand. — 4. 5. *De condict. indeb.* 3. const. Dioclet. et Maxim. — 4. 9. *De condict. ex lege.* 4 const. Dioclet. et Maxim. — Ou pour se faire libérer par acceptilation, s'il s'agit de rpomesse verbale : 8. 41. *De fidejuss.* 15. const. Gordian. — (4) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. Alexand. « sin vero legitimum tempus excessit... omnimodo debitum solvere compellitur. » — 14. pr. const. Justinian. « ut eo elapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit. »

pour les autres causes qui auraient pu motiver la stipulation, on restait dans les règles générales (1).

**1440.** On voit maintenant, par cet exposé historique, comment l'exception *non numeratæ pecuniæ*, avec ses règles toutes dérogatoires, est venue changer la nature de l'obligation *litteris*, et même de la stipulation motivée sur un prêt de consommation; comment dès lors le *chirographum* et la *cautio* ont tendu à se confondre, et quel est l'état où ils sont parvenus sous Justinien. Veut-on en conclure qu'à l'époque de cet empereur il n'y a plus de contrat *litteris ?* Il faudra en dire autant alors du contrat *verbis* intervenu pour prêt de consommation; car la règle est la même en ce cas, pour l'un comme pour l'autre contrat. La vérité est qu'en définitive, ni le *chirographum*, ni la promesse sur stipulation pour prêt d'argent, ne produisent plus par eux-mêmes d'obligation efficace, si ce n'est au bout du temps fixé; et que Justinien prend le contrat *litteris* tel qu'il le trouve parvenu à son époque. Un rapprochement des termes employés par l'empereur, avec ceux qui se trouvent dans les Instituts de Gaius au sujet des *chirographa*, nous prouvera que ce sont bien les *chirographa*, altérés par la succession des temps et par les institutions que nous venons d'exposer, qui ont passé dans les Instituts de Justinien (2). (App. 6, liv. 3.)

**1441.** Le texte nous apprend suffisamment comment l'empereur a réduit à deux ans continus le délai autrefois quinquennal de l'exception. Une constitution spéciale, insérée au Code, règle en détail cette matière : il faut y remarquer le moyen qui est fourni au débiteur de rendre son exception perpétuelle, en la dénonçant au créancier dans le délai fixé, et avec certaines formes (3).

| TITULUS XXII. | TITRE XXII. |
|---|---|
| DE CONSENSU OBLIGATIONE. | DE L'OBLIGATION PAR LE CONSENTEMENT SEUL. |

**1442.** Nous suivons l'ordre historique. Après les contrats formés, dans le principe, par la mancipation (*per æs et libram*), et plus tard par la prestation de la chose (*re*) : ce qui est la souche, la racine des contrats du droit civil; après les deux contrats qui

---

(1) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 5. const. Alexand. « Ignorare autem non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur..., etc. » — Ainsi, elle n'aurait pas lieu pour le cas où l'obligation aurait été transférée *a persona in personam*, 6. const. Alexand., — ni pour le cas de transaction. 11. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Ainsi, de même que Gaius dit : « Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, *si quis debere se aut daturum se scribat*, ita *scilicet si eo nomine stipulatio non fiat* » (Gai. Com. 3. § 134); — de même les Instituts de Justinien disent : « *Si quis debere se scripserit* quod ei numeratum non est... *cessante scilicet verborum obligatione.* » La reproduction est évidente. — (3) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 14. const. Justinian. — Notamment § 4. — Une exception analogue a lieu aussi en matière de dot.

en sont dérivés, le contrat *verbis*, et le contrat *litteris*, dans lesquels l'obligation se contracte par des paroles ou par des écritures dont l'esprit est de tenir l'antique formalité *per æs et libram* pour accomplie et de se lier comme si elle avait eu lieu : nous passons aux quatre contrats dérivés du droit des gens, auxquels le droit civil des Romains a donné accès, qui ne tiennent en rien, ni par la dation, ni par les paroles, ni par l'écriture, à la formalité quiritaire de la mancipation *per æs et libram*, mais qui se fondent sur le simple consentement des parties (voir ci-dessus, n°s 1190 et suiv.).

1443. Ces contrats sont au nombre de quatre seulement : la vente (*emptio-venditio*), le louage (*locatio-conductio*), la société (*societas*), et le mandat (*mandatum*). Des constitutions impériales ont bien attribué force obligatoire, par le seul effet du consentement, à quelques autres conventions particulières : mais ces dernières, venues trop tard, n'ont pas été investies pour cela du titre de contrat; ce titre est resté propre à celles que le droit civil plus ancien avait ainsi qualifiées et sanctionnées (*voir ci-dessus*, n°s 1190 et 1196). — Il y a deux distinctions bien importantes à remarquer entre les contrats consensuels, dérivés du droit des gens, et les contrats du pur droit civil : c'est que tandis que ceux-ci (le *mutuum*, le contrat *verbis* et le contrat *litteris*) ne produisent jamais d'obligation que d'un seul côté, et que les effets de cette obligation se déterminent d'après les principes rigoureux du droit, les quatre contrats consensuels, au contraire, produisent, soit immédiatement, soit plus tard, selon les circonstances, des obligations de part et d'autre (*ultro citroque obligatio; — alter alteri obligatur*), et que les effets de ces obligations réciproques se déterminent d'après l'équité (*ex æquo et bono*). C'est-à-dire, en somme, que c'est le propre des contrats du pur droit civil d'être unilatéraux et de produire des actions de droit strict : tandis que les quatre contrats consensuels dérivés du droit des gens sont bilatéraux, autrement dit synallagmatiques, et donnent naissance à des actions de bonne foi (voir ci-dessus, n° 1233).

Consensu fiunt obligationes in emptionibus-venditionibus, locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio : sed sufficit eos qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in ver-

Les obligations se forment par le seul consentement, dans les contrats de vente, de louage, de société et de mandat. On dit que dans ces cas l'obligation se contracte par le consentement seul, parce qu'il n'est besoin, pour qu'elle prenne naissance, ni d'écrit, ni de présence des parties, ni de remise d'aucune chose; mais qu'il suffit que ceux entre qui l'affaire se fait, consentent. Aussi, ces contrats peuvent-ils avoir lieu entre absents, par exemple, par lettres missives, ou par messager. En outre, dans ces contrats, chaque partie est obligée envers l'autre à tout ce que l'équité exige

**borum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.**

qu'elles se fournissent mutuellement : tandis que dans les obligations par paroles, l'un stipule et l'autre promet.

## TITULUS XXIII.

### DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

## TITRE XXIII.

### DE LA VENTE.

**1444.** Comment la vente tire son origine des échanges ; comment, dans le principe des civilisations, le commerce entre les hommes consiste à donner une chose pour une autre, selon le besoin qu'on en a ; comment on est arrivé ensuite à employer pour objet commun de ces échanges, les divers métaux, dont on déterminait la quantité en les mesurant à la balance : période qui a laissé une trace si profonde et que la tradition a si longtemps conservée en symbole dans l'*æs et libra* de l'ancien droit romain ; comment enfin une empreinte publique a frappé le métal, fractionné par petites portions, pour en indiquer le poids, la qualité, et pour éviter ainsi aux particuliers la nécessité de le vérifier et de le peser à chaque opération ; comment, dès lors, on a été conduit à distinguer l'un de l'autre les deux objets d'échange, à appeler l'un, c'est-à-dire celui qui est échangé contre la monnaie, *merx*, marchandise, et l'autre, c'est-à-dire la monnaie échangée contre cet objet, *pretium*, le prix : toutes ces notions sont trop répandues pour que nous insistions à les développer. C'est par elles, et d'après un fragment de Paul, que le Digeste de Justinien ouvre le titre de la vente (1). Mais ce qui ressort de cet historique même, et ce qu'il importe de bien remarquer, parce que les idées se sont généralement dénaturées sur ce point, c'est cette vérité d'économie politique, méconnue par trop de jurisconsultes, même écrivant sur la vente, savoir : que la monnaie n'est qu'une marchandise (communément, et par mille raisons, une matière métallique), dont la valeur commerciale suit un cours et varie comme celle de tout objet d'échange, et dont l'empreinte publique ne fait, à cet égard, que garantir la composition et marquer la quantité.

**1445.** Jusqu'ici nous parlons d'opérations qui s'effectuent, d'objets qui se livrent de part et d'autre : c'est le point de départ historique. Mais si, indépendamment de toute tradition effectuée, de tout fait d'exécution, les parties conviennent entre elles de faire une semblable opération, de telle sorte qu'il ne soit encore intervenu que leur pure volonté, que leur accord réciproque, quel sera l'effet de cet accord? Dans les principes du droit romain, ce simple accord de volontés, cette cause toute spirituelle, ne peut opérer aucune translation de propriété, aucun

---

(1) DIG. 18. 1. *De contrahenda emptione*. 1. f. Paul. « Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit, olim enim non ita erat nummus : neque aliud *merx*, aliud *pretium* vocabatur. »

droit réel; mais vaudra-t-il, du moins, pour lier les parties les unes envers les autres, pour faire naître entre elles des obligations? Le pur droit civil quiritaire ne connaît pas une manière aussi simple, aussi immatérielle de se lier; les noms antiques donnés à ces opérations : *permutatio*, pour l'échange, *venumdatio*, pour la vente, indiquent même que primitivement il ne s'agissait que d'actes accomplis, de mutations effectuées, de dations en vente exécutées. Mais le droit des gens a introduit ce nouveau mode d'obligation, et la force obligatoire de la simple convention a été admise à l'égard de celle de ces deux opérations qui était devenue la plus usuelle : c'est-à-dire de celle qui consiste à livrer une chose en échange d'une certaine quantité de monnaie.

1446. C'est cette convention, indépendante de tout fait préalable d'exécution, n'opérant par elle-même aucune translation de propriété ni de droit réel, mais produisant certains liens de droit entre les parties, qui constitue le contrat nommé par les Romains *emptio-venditio*. Deux rôles distincts s'y remarquent : celui du vendeur (*venditor*), et celui de l'acheteur (*emptor*); deux objets distincts d'obligation : d'une part, la chose vendue ou la marchandise (*res, merx*), et de l'autre, la monnaie promise en retour ou le prix (*pretium*); enfin deux ordres distincts d'obligations : les obligations du vendeur, et celles de l'acheteur. La dénomination romaine du contrat, *emptio-venditio*, que nous rendons communément en français par le seul mot de *vente*, quoique nous ayons aussi le mot correspondant *achat*, indique clairement cette double physionomie. Les verbes *emere*, acheter; *vendere*, vendre; *venire*, être vendu : et celui de *distrahere*, employé uniquement pour la vente d'objets particuliers détachés d'une masse, et non pour celle des choses *universitatis*, se réfèrent à ce contrat; tandis que les verbes plus anciens *venumdare*, donner en vente, *venumdari*, être donné en vente, se réfèrent à l'exécution même de la convention. — Il ne faut pas perdre de vue que l'acte ainsi envisagé, selon le droit des gens, c'est-à-dire l'*emptio-venditio*, n'est qu'un contrat, et n'a, par conséquent, d'autre but ni d'autre effet que d'obliger respectivement les parties l'une envers l'autre.

### *De la forme du contrat de vente : du consentement, de l'écrit, et des arrhes.*

Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit; nam quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt,

Il y a contrat de vente dès que les parties sont convenues du prix, bien que ce prix n'ait pas encore été payé, et qu'il n'ait pas même été donné d'arrhes; car ce qui est donné à titre d'arrhes ne sert qu'à constater la conclusion du contrat. Toutefois il faut entendre ceci des ventes faites sans écrit, *à l'égard des-*

obtinere oportet : nam *nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est.* In his autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta ; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsecuto, *sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit ; si vero venditor, duplum restituere compellitur : licet super arrhis nihil expressum est.

*quelles nous n'avons rien innové.* Mais quant à celles qui se font par écrit, notre constitution a décidé que la vente n'est parfaite qu'autant que l'acte en a été dressé, soit de la main même des contractants, soit écrit par un tiers et souscrit par les parties ; et si elles se font par le ministère d'un tabellion, qu'autant que l'acte a reçu tout son complément et l'adhésion finale des parties. En effet, tant qu'il y manque une de ces choses, il peut y avoir rétractation, et l'acheteur ou le vendeur peuvent, sans encourir aucune peine, se départir de la vente. Toutefois nous ne leur permettons de se rétracter impunément, qu'autant que rien n'a encore été donné à titre d'arrhes ; car si des arrhes ont été données, *soit que la vente ait été faite par écrit, soit qu'elle l'ait été sans écrit*, celui qui refuse de remplir son obligation, si c'est l'acheteur, perd ce qu'il a donné ; si c'est le vendeur, est forcé de rendre le double : quoique rien n'ait été exprimé au sujet des arrhes.

1447. Ce paragraphe traite du consentement et des arrhes.

*A l'égard du consentement*, le principe du droit anté-justinien, c'est que la vente est parfaite, c'est-à-dire qu'elle produit tous ses effets, autrement dit les obligations qu'elle doit produire, du moment que les parties sont convenues de la chose et du prix. C'est ce principe que notre texte énonce, dans sa première phrase, en l'empruntant aux Instituts de Gaius (1), et que Paul exprime aussi en ces termes : « *Conventio perficit sine scriptis habitam emptionem* (2). » — Sur ce point Justinien apporte une innovation : savoir, que lorsque les parties sont convenues que la vente devra être rédigée par écrit, leur consentement n'est censé donné définitivement, et par conséquent la vente n'est parfaite, qu'après que l'écrit a été rédigé et qu'il n'y manque plus rien : jusque-là il n'y a qu'un projet, qu'un pacte non obligatoire (3).

1448. *A l'égard des arrhes :* les Romains nommaient ainsi une certaine somme, quelquefois même tout autre objet, par exemple un anneau (*annulus*), que l'une des parties, régulièrement l'acheteur, donnait à l'autre, comme signe et preuve de la conclusion du contrat (4). La somme ainsi donnée, à titre d'arrhes, par l'acheteur, était comme un à-compte sur le prix convenu, de telle sorte qu'il ne lui restait plus à payer que le reliquat (5) : c'est

(1) Gai. Comm. 3. § 139. — (2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 2. § 1. fr. Paul. — (3) Cod. 4. 21. *De fide instr.* 17. const. Justinian. — (4) Dig. 19. 1. *De actionibus empti et venditi.* 11. § 6. fr. Ulp. — (5) Dig. 18. 3. *De lege commissoria ;* 8. f. Scævol.

même de là, au dire de Varron, que vient l'origine du mot *arrhes* (1). Tel était le principe du droit anté-justinien, à ce sujet ; c'est celui que notre texte énonce encore dans sa première phrase, en l'empruntant toujours aux Instituts de Gaius (2), et que le même jurisconsulte exprimait ailleurs en ces termes : « Quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat ; sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio (3). » Ainsi les arrhes n'étaient qu'un signe et une preuve de la conclusion du contrat. Les parties pouvaient cependant, par convention particulière, y ajouter quelque autre caractère : comme dans l'exemple que nous fournit Scævola, où l'acheteur convient que s'il n'a pas payé le restant du prix à l'époque déterminée, il perdra les arrhes (*ut arrham perderet*), et la vente sera non avenue (4).

1449. Sur ce point, Justinien apporte aussi une innovation bien notable : c'est que dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une vente faite soit par écrit, soit sans écrit (*sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*), lorsque des arrhes ont été données, et bien que les parties ne soient convenues de rien à cet égard (*licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat*), l'acheteur en perdant ses arrhes, ou le vendeur en les restituant au double, peuvent se départir de la vente. Ainsi les arrhes changent complétement de caractère : au lieu d'être un signe de conclusion définitive, elles sont un moyen de dédit. Quelque effort qu'on ait fait pour entendre la constitution de Justinien dans un sens restrictif, seulement à l'égard des ventes formées par écrit, les expressions en sont trop précises pour qu'on puisse raisonnablement révoquer en doute la généralité de l'innovation (5). Ces expressions de notre texte, qui dit, en parlant des ventes faites sans écrit : *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est*, » doivent donc s'entendre comme se référant uniquement à ce qui concerne l'effet du consentement, et nullement au caractère des arrhes.

### *De l'objet des obligations dans le contrat de vente.*

1450. Comme il y a dans la vente deux ordres distincts d'obligations : celles du vendeur et celles de l'acheteur, il y a deux objets principaux, mais distincts, de ces obligations : la chose vendue, pour l'un ; et le prix, pour l'autre. Sans chose vendue ou sans prix convenu, pas de vente : « Nec emptio nec venditio

(1) VARRON, *De lingua latina*, lib. 5. § 175 : « Arrhabo sic dicta, ut reliquum reddatur. Hoc verbum a græco ἀῤῥαβών. Reliquum, ex eo, quod debitum reliquit. » — (2) GAI. Comm. 3. § 139. — (3) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. pr. f. Gai. — (4) DIG. 18. 3. *De lege commissoria;* 8. f. Scævol. — De même au CODE, 4. 54. *De pactis int. empt.* 1. const. Anton. — (5) COD. 4. 21. *De fide instrument.* 17. const. Justinian. — Voir de notre collègue M. BOISSONADE, *De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien*, 1866, br. in-8°

sine re quæ veneat, potest intelligi, » dit Pomponius (1); « Nulla emptio sine pretio esse potest, » dit notre texte, au paragraphe qui va suivre.

**1451.** Toute chose, en général, peut être vendue; à l'exception de celles qui sont hors du commerce, c'est-à-dire non susceptibles d'être ou de circuler en la propriété des hommes. « Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est (2). » Ainsi, choses corporelles, ou choses incorporelles, telles qu'un droit de servitude (3), un droit de créance (4); choses particulières (*res singularis*), ou universalités (*rerum universitas*), telles qu'un troupeau, un pécule, une hérédité; corps certains (*species*), ou choses de genre (*genus*) : tout cela peut être vendu.—Il en est de même de la chose d'autrui : « Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est (5) »; car cette circonstance que la chose appartient à autrui n'empêche pas le vendeur de contracter au sujet de cette chose toutes les obligations constitutives de la vente : la seule distinction qu'il y aura à faire alors, pour régler les effets du contrat, à cause de la bonne foi qui doit y présider, sera de savoir si l'acheteur a été trompé ou non par le vendeur sur ce fait que la chose vendue appartenait à autrui. — Enfin, de même des choses non-seulement présentes, mais encore futures, ou même incertaines : par exemple, les fruits, le part futurs ; ou le coup de filet, le produit d'une chasse. A cet égard, il faut bien distinguer quelle a été l'intention des parties : si elles ont voulu que la vente ait lieu seulement dans le cas où quelque chose serait prise et pour cette chose seulement, par exemple si elles ont fixé le prix à tant par tête de poisson ou de gibier : il y a alors, selon l'expression employée par les docteurs, achat d'une chose espérée, *rei speratæ emptio;* ou bien si la vente doit se maintenir quel que soit le résultat, quand même rien ne serait pris : par exemple si on a fixé un prix en bloc pour le coup de filet, pour le produit de la chasse. Il y a alors, dans les termes des jurisconsultes romains, un coup de dé (*alea*), l'achat d'une espérance (*spei emptio*) : et si le filet ou la chasse n'ont rien donné, la vente n'en subsiste pas moins; c'est alors, en quelque sorte, dit, mais inexactement, Pomponius, une vente sans chose vendue (6).

| | |
|---|---|
| **I.** Pretium autem constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum esse debet : alioquin si | **I.** Il faut qu'un prix soit convenu, car il ne peut exister de vente sans prix. En outre, le prix doit être déterminé. |

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 8. f. Pompon. — (2) *Ib.* 34. §§ 1 et 2 f. Paul.; 6. pr. f. Pompon. — (3) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 80. § 1. f. Labeo. — (4) Dig. 18. 4; et Cod. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita.* — (5) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 28. f. Ulp. — (6) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 8. § 1. f. Pompon. « Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur : veluti cum quasi alea emitur.

inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio : QUANTI ILLE ÆSTIMAVERIT, sub hac conditione staret contractus : ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium persolvatur et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus, cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

Mais si les parties sont convenues que la chose sera vendue au prix qu'estimera Titius, c'était pour les anciens un doute grave et souvent débattu, que de savoir si dans ce cas il y a vente ou non. Nous avons décidé par constitution, que toutes les fois que la vente sera ainsi conçue : AU PRIX QU'UN TEL ESTIMERA, le contrat existera sous cette condition : que si la personne nommée détermine elle-même le prix, en conformité totale à son estimation, le prix devra être payé, la chose livrée et la vente amenée à effet, l'acheteur ayant l'action d'achat, et le vendeur l'action de vente. Si, au contraire, celui qui a été nommé ne veut ou ne peut déterminer le prix, la vente sera nulle comme faute de constitution de prix. Et ce droit étant approuvé par nous pour les ventes, il est raisonnable de l'étendre aux louages.

1452. Le prix doit être certain (*certum*), c'est-à-dire déterminé par la convention même des parties : soit d'une manière absolue, par exemple cent écus d'or, *centum aureos;* soit par relation à une quantité déterminable; par exemple : le même prix que tu l'as acheté, *quanti tu eum emisti;* ou bien, tout l'argent que j'ai dans ma bourse, dans mon coffre, *quantum pretii in arca habeo* (1). On voit, par ce dernier exemple, que rien n'empêche que le prix ait quelque chose d'aléatoire.

1453. Le prix ne serait pas certain si, au lieu d'être convenu entre les parties, il était abandonné au pur arbitre de l'une d'elles; par exemple : Ce que tu voudras, ce que tu croiras équitable, ce que tu l'estimeras, « *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum;* » une pareille vente serait imparfaite (2). — Il en serait de même du prix laissé à l'arbitrage d'autrui, en général, sans désignation de personne : *Generaliter alieno arbitrio* (3). Mais si l'arbitrage était conféré à une personne déterminée, « *Quanti Titius rem estimaverit,* » nous voyons par Gaius qu'il y avait désaccord entre les jurisconsultes sur le sort de la convention, Labéon et Cassius niant qu'il y eût vente valable, Proculus soutenant l'opinion contraire (4). Notre texte expose suffisamment la décision de Justinien, qui consacre l'opinion des Proculéiens, et les conséquences de cette décision (5).

II. Item pretium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo

2. Le prix doit consister en une somme de monnaie. Toutefois, on mettait fortement en question s'il ne pourrait pas

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 7. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. § 1. f. Gai. — (3) Dig. 19. 2. *Locati conducti.* 25. p. f. Gai. — (4) Gai. Comm. 3. § 140. — (5) La constitution de Justinien relative à cette question se trouve au Code, 4. 38. *De contrahenda emptione,* 15.

aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. Unde illud est quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur Græco poeta Homero, qui aliqua parte exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis :

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

consister en toute autre chose, par exemple en un esclave, en un fonds, en une toge. Sabinus et Cassius admettaient à ce sujet l'affirmative. Aussi disait-on vulgairement que la vente s'opère par l'échange des choses, et que cette forme de vente est la plus ancienne; et ils tiraient argument du poëte grec Homère, qui nous parle quelque part, en ces termes, de l'armée des Grecs s'achetant du vin par l'échange de plusieurs autres choses :

« Les Grecs aux longs cheveux achetèrent du vin, les uns pour du cuivre, » d'autres pour du fer brillant, ceux-ci » pour des peaux de bœufs, ceux-là » pour les bœufs mêmes, ou pour des » esclaves. »

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem : alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse et quæ pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit; cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

Les auteurs de l'école opposée étaient d'un avis contraire, ils pensaient qu'autre chose est l'échange, autre chose est la vente; sinon, on ne pourrait, dans l'échange, distinguer quelle serait la chose vendue, quelle serait celle donnée en prix; car de considérer chacune d'elles comme étant à la fois et la chose vendue et le prix, c'est ce que la raison ne saurait admettre. Cet avis de Proculus, professant que l'échange est un contrat particulier, distinct de la vente, a prévalu à bon droit, fondé qu'il est sur d'autres vers d'Homère, et sur des raisons plus solides. Admis déjà par nos divins prédécesseurs, il est plus amplement développé dans notre Digeste.

1454. Les conventions du droit des gens, admises au nombre des contrats par le droit civil, n'ont rien de cette précision, de ce caractère si rigoureusement déterminé et si bien tranché que nous offrent les contrats du pur droit civil. Leur nature, comme leurs effets, ont quelque chose de vague et d'indéterminé : souvent même il est des points par lesquels quelques-unes de ces conventions se touchent et paraissent se confondre les unes avec les autres. Nous aurons l'occasion d'en voir plus d'un exemple. Tel est, entre autres, le cas de l'échange (*permutatio*) et de la vente (*emptio-venditio*). Il résulte de l'historique que nous en avons tracé, qu'au fond l'achat et la vente ne sont qu'une sorte d'échange, qu'une modification de cette opération primitive à laquelle ils doivent leur origine. Mais pour en être issus, ils n'en diffèrent pas moins d'une manière notable, dans l'un des objets d'échange, qui consistant d'une part, dans la vente, en une somme monnayée, permet d'y distinguer : la chose (*merx*), du prix (*pretium*); le vendeur (*venditor*), de l'acheteur (*emptor*); et les obligations de

l'un, de celles de l'autre. Ces nuances importantes n'échappaient sans doute pas aux Sabiniens : pourquoi donc, s'attachant à l'idée primitive, voulaient-ils confondre ensemble l'échange et la vente, et donner, dans l'un comme dans l'autre cas, les actions admises par le droit civil pour la vente? C'est que l'échange (*permutatio*) et la vente (*venumdatio*), n'étant tous les deux, dans l'origine, ainsi que l'indique leur nom lui-même, que des opérations exécutées par les parties, une mutation, une dation en vente effectuées : le droit civil ayant ensuite admis la simple convention d'achat et de vente comme obligatoire et l'ayant pourvue d'actions spéciales, les Sabiniens, en vertu de la nature commune de ces deux actes, qui, au fond, est la même, en vertu de la latitude d'interprétation que comportent les contrats du droit des gens et de leur caractère peu défini, voulaient faire profiter l'échange du même bénéfice. Les arguments empruntés de part et d'autre à Homère, selon que le poëte a employé, dans ses vers, l'expression d'échanger ou celle d'acheter, sont curieux (1). On voit bien qu'il ne s'agit pas d'une institution de pur droit civil, mais que c'est une coutume venant du droit des gens qui est en question.

1455. L'opinion des Sabiniens, combattue, dit Gaius, par les jurisconsultes de l'école opposée (*diversæ scholæ auctores*), n'ayant pas été admise (2), l'échange est resté ce qu'il était primitivement : une mutation réciproque, c'est-à-dire un acte qui a besoin d'être suivi d'exécution de la part des deux parties pour être parfait, et au moins, de la part de l'une d'elles, pour produire des liens de droit, la simple convention restant sans effet : « Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere (3). » Ce sera donc en traitant des contrats de cette nature que nous aurons à nous occuper de l'échange.

---

(1) Les vers d'Homère cités dans notre texte sont tirés de l'Iliade, livre 7, vers 472 à 475. — Paul (Dig. 18. 1. 1.) invoque encore en témoignage celui-ci, extrait de l'Odyssée, livre 1, à la fin.

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν
(Euryclée) que jadis Laërte avait *achetée* de ses terres.

Mais il cite, dans l'opinion contraire, ces autres vers, auxquels notre texte fait allusion (*aliis Homericis versibus*), et qui sont tirés de l'Iliade, livre 6, vers 235, où le poëte parle de Glaucus :

Ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν
Qui *échangea* ses armes avec Diomède, fils de Tydée, etc.

(2) Le texte des Instituts nous dit qu'elle avait été déjà condamnée même par les princes antérieurs ( *et anteriores divi principes*). Nous trouvons, en effet, au Code, deux constitutions de Dioclétien et de Maximien sur ce point : Cod. 4. 64. *De rerum permutat.* 3 et 7. const. Dioclet. et Maxim. — Quant aux jurisconsultes romains, nous voyons nominativement, par les fragments du Digeste, que Nerva, Proculus, Celse et Paul étaient au nombre de ceux qui n'admettaient pas l'avis de Sabinus. Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 1. f. Paul; 12. 4. *De condict. caus. dat.* 16. f. Cels.; 19. 4. *De rer. permut.* 1. f. Paul.; 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (3) Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 3. const. Dioclet. et Max.

**1456.** Mais si ayant un fonds à vendre (*rem venalem, veluti fundum*), j'acceptais en guise de prix (*pretii nomine*) un objet quelconque, par exemple, un esclave, il serait facile de distinguer ici les deux rôles de vendeur et d'acheteur, la chose vendue et la chose donnée en prix : c'était, à ce qu'il paraît, un des arguments dont se servaient les Sabiniens à l'appui de leur théorie (1); et dans ce cas particulier, en effet, une constitution de l'empereur Gordien, conservée par Justinien (2), donne au contrat les effets non pas d'un échange, mais d'une vente.

### *Des effets du contrat de vente.*

**1457.** Les effets du contrat de vente, comme ceux de tous les contrats du droit des gens accueillis par le droit civil, n'ont pas été déterminés dans tout leur ensemble, dès le principe. La doctrine ne s'est formée et complétée là-dessus que graduellement. Encore le caractère de bonne foi qui appartient aux actions produites par ce contrat a-t-il toujours laissé à ses effets quelque chose de vague et de non précis, variable selon les circonstances.

**1458.** La vente, par elle-même, ne transfère pas à l'acheteur la propriété de la chose vendue. La vente est un contrat : en conséquence son unique effet est de produire des obligations ; et elle en produit pour l'une comme pour l'autre partie (*ultro citroque*), d'où la qualification de contrat bilatéral. — La question principale est donc de déterminer quelles sont les obligations du vendeur et quelles sont celles de l'acheteur.

**1459.** C'est une maxime reçue dans la jurisprudence romaine, que le vendeur ne s'oblige pas à rendre l'acheteur propriétaire; qu'en cela, comme en plusieurs autres points, il diffère beaucoup de celui qui aurait promis, sur stipulation, de donner (*dare*) une chose. « Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere : ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit (3). » Cependant il ne faut pas pousser cette idée trop loin; l'application utile s'en réduit à des conséquences moindres qu'on ne se l'imagine au premier abord; et il n'en reste pas moins vrai qu'en définitive le but que se propose l'acheteur c'est d'arriver à être propriétaire de la chose par lui achetée; mais les jurisconsultes romains avaient analysé avec soin les moyens par lesquels il y arrivera, et distingué subtilement quelles étaient les obligations du vendeur à cet égard. Voyons donc ces obligations :

**1460.** Le vendeur, suivant la jurisprudence romaine, est obligé de fournir la chose (*rem præstare*), c'est-à-dire d'en faire tradition (*rem tradere*), à l'époque et au lieu convenus. « Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere (4). »

(1) GAI. Com. 3. § 141. — (2) COD. 4. 64. *De rer. permut.* 1. const. Gordian. — (3) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 25. § 1. f. Ulp. — (4) DIG. 19. 1. *De actionibus empti et venditi.* 11. § 2. f. Ulp.

Or, nous savons que faire tradition d'une chose, c'est en remettre la possession, non pas seulement la possession physique, mais la possession civile, la possession *à titre de propriétaire* (tom. II, n° 413). Les jurisconsultes romains avaient même une expression spéciale pour préciser sur ce point l'obligation du vendeur : ils disaient qu'il devait livrer « *vacuam possessionem,* c'est-à-dire la possession libre, dégagée de tout obstacle quelconque (1). Bien entendu que la chose doit être livrée avec tous ses accessoires (2). — Mais ce n'est pas indiquer suffisamment l'étendue de l'obligation du vendeur, que de dire qu'il doit livrer la chose. Il faut recourir à une autre expression consacrée du droit romain, et bien plus énergique : il est tenu de procurer à l'acheteur : « *rem licere habere,* » c'est-à-dire la faculté d'avoir la chose à titre de propriétaire, de se comporter en tout à son égard comme maître. « Obligatus est venditor, ut præstet licere habere, dit Justinien ; « Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat, » dit Africain (3) » : c'est toujours la même idée qui revient, « *non etiam ut ejus faciat,* dont l'application utile reste encore à déterminer.

1461. La conséquence pratique que les jurisconsultes romains tirent de cette idée, c'est qu'une fois la chose livrée, tant que l'acheteur conserve la faculté de l'avoir comme maître, et quand bien même il aurait la preuve que cette chose appartient à autrui, il n'a rien à demander à son vendeur, car l'obligation de ce dernier est remplie : toutefois nous verrons tout à l'heure comment cette conséquence elle-même ne doit pas être trop généralisée, l'application n'en étant vraie que dans l'hypothèse où le vendeur aurait été de bonne foi. — Mais dans tous les cas, s'il arrive que par suite d'une cause antérieure à la vente, la chose soit juridiquement enlevée à l'acheteur, en tout ou en partie, cet acheteur a dès ce moment son recours contre le vendeur en dommages-intérêts (*in id quod interest*). On exprime cette seconde obligation du vendeur, en disant qu'il est tenu de garantir l'acheteur de toute éviction : « *Evictionis nomine obligatur.* » — « Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem (4). »

1462. Evincer (*evincere*), c'est enlever, par une victoire judiciaire et en vertu d'un droit préexistant, une chose à celui qui la possédait par une juste cause d'acquisition ; ou, comme on dit : « *aliquid vincendo auferre;* » l'éviction (*evictio*) est cette sorte de victoire ; et l'on nomme *res evicta* la chose ainsi enlevée.

(1) *Ib.* 2. § 1. f. Paul, qui définit ce qu'il faut entendre par *vacua possessio;* 3. § 1. f. Pompon.; 48. f. Scævol., etc. — (2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 47 et 49. f. Ulp. — 19. 1. *De action. empt.* 17. pr. et §§ 2 et suiv. f. Ulp. — (3) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 30. § 1. f. African. — 21. 2. *De eviction.* 8. f. Julian.; 21. § 2. f. Ulp.; 24. f. African.; 25. f. Ulp.; 29. pr. f. Pompon.; 57. pr. f. Gai. — (4) Dig. 19. 1. *De actione empt.* 11. § 2. f. Ulp.

Les Romains avaient, dans leur vieille langue juridique, un mot particulier qui s'est conservé, celui d'*auctoritas*, pour désigner la garantie, la sûreté contre l'éviction (1). « *Auctoritatem præstare, auctor esse*, c'était fournir, devoir cette garantie. « Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, auctoritati manebit obnoxius, disent les Sentences de Paul (2). Je crois même trouver en cela l'explication de ce vieux mot, qui remonte au temps des Douze Tables, et dont le sens étymologique a été si tourmenté : *usus-auctoritas*, pour usucapion. Ce mot, en effet, ne signifie autre chose, si ce n'est l'*auctoritas*, ou la garantie, la sécurité contre toute éviction, que procure l'usage, la possession pendant le temps voulu (tom. II, n° 297, note 2).

1463. L'acheteur n'a de recours contre son vendeur pour éviction qu'autant que la chose lui a été enlevée par voie judiciaire, et qu'il n'en a pas négligé la défense. Une première condition lui est imposée à cet égard : savoir, de dénoncer l'attaque au vendeur, en temps suffisant pour que celui-ci puisse venir y défendre : c'est ce qui se nomme *litem denuntiare*, ou bien *auctorem laudare, auctoris laudatio* (3). Du reste le Digeste et le Code contiennent chacun un titre spécial consacré à développer les conditions, les formes et les effets de cette garantie (4). (A. 8, l. 3.)

1464. Outre la garantie de l'éviction, le vendeur est encore obligé à celle des défauts cachés de la chose, qui sont de nature à en diminuer ou à en détruire l'usage. Cette obligation existe par le fait seul du contrat; l'étendue et les effets doivent s'en régler selon la bonne foi, d'après l'importance du vice et d'après la connaissance ou l'ignorance que le vendeur ou l'acheteur en avaient. Elle a toujours lieu, sans distinction, à l'égard des défauts ou des bonnes qualités dont le vendeur a spécialement promis l'absence ou l'existence (5). Les conséquences de cette garantie sont, pour l'acheteur, le droit de demander soit des dommages-intérêts (*id quod interest*), soit une diminution de prix, soit la résiliation du contrat (6). Cette résiliation particulière se nomme rédhibition. « Redhibere, nous dit Ulpien, est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit : et, quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio (7). »

---

(1) « Auctoritas, id est actio pro evictione, » dit Venulejus. Dig. 21. 2. *De evictionibus*. 76. — (2) Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito*. § 1. — (3) Dig. 21. 2. *De eviction*. 29. § 2. f. Pompon.; 51. § 1. f. Ulp.; 53. § 1. f. Paul.; 55. § 1. f. Ulp.; 56. §§ 4 à 7. f. Paul.; 59. f. Pompon. — Et pour l'expression *auctorem laudare :* 63. § 1. f. Modestin. — Cod. 8. 45. *De evictiom*. 7. const. Alexand., et 14 const. Gordien. — Voir aussi 8 et 9 const. Alexand. — (4) Dig. 21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus*. — Cod. 8. 45. *De evictionibus*. — (5) Dig. 19. 1. *De action. empt*. 13. § 4. f. Ulp. — 18. 1. *De contrah. empt*. 43. § 2. f. Florent. — 21. 1. *De ædilitio edict*. 17. § 20. f. Ulp.; 18. f. Gai. 19. f. Ulp. — (6) Dig. 19. 1. 11. § 3 et 13. § 4. f. Ulp. — Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito*. § 6. — (7) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict*. 21. pr. f. Ulp.

1464 *bis*. Indépendamment des deux obligations spéciales du vendeur dont nous venons de parler : livrer la chose (*rem tradere*), garantir contre l'éviction (*auctoritatem præstare*) ou même contre les défauts cachés de la chose, il est d'usage d'en signaler une troisième, dont la formule est tirée d'un fragment d'Africain : « *dolum malum abesse præstare* » répondre de l'absence de tout dol (1). Ceci est une obligation générale, qui n'appartient pas au contrat de vente particulièrement, mais à tous les contrats de bonne foi et du droit des gens, et dans beaucoup d'autres situations encore. Elle n'est pas spéciale au vendeur seulement, elle est commune aussi à l'acheteur; mais comme c'est de la part du vendeur que les fraudes ou tromperies ont plus d'occasion de se produire, c'est à son égard que cette obligation est plus particulièrement signalée. Africain l'invoque à propos du fait du vendeur qui aurait vendu sciemment une chose ne lui appartenant pas, en laissant ignorer à l'acheteur cette circonstance (2); mais elle se reproduirait au sujet de toute autre tromperie ou manque de bonne foi. Elle est énoncée encore à propos de la garde de la chose vendue (ci-dessous, n° 1472), avec cette extension plus grande que ce ne serait pas seulement de son dol, mais même de sa faute, que le vendeur serait responsable (*non solum dolum sed et culpam*); elle s'appliquerait à l'acheteur, pour le dol ou les fautes que celui-ci pourrait commettre, par exemple, relativement à ses demandes en garantie contre l'éviction ou contre de prétendus défauts de la chose (ci-dessous, n° 1473). Enfin, elle exercerait son empire tant à l'égard du vendeur que de l'acheteur, pour l'observation de tout ce qui serait réclamé suivant les habitudes ou la coutume reçue : « Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire » (3). Nous en verrons des applications ci-dessous, n°s 1466 et 1467.

1465. C'est au sujet de ces diverses obligations du vendeur qu'on peut vérifier ce que nous avons dit sur le développement graduel des effets attribués au contrat consensuel par la doctrine, et sur leur caractère peu défini. A l'époque où le contrat consensuel n'était pas encore admis, ou bien où les principes, quant aux obligations qu'il devait produire, n'étaient pas encore arrêtés, on y suppléait par la stipulation. Ainsi, l'acheteur stipulait la dation de la chose, ce qui emportait pour le vendeur obligation de lui en transférer la propriété (4); il stipulait que le vendeur lui livrerait la possession libre (*vacuam possessionem*) (5); ou bien, qu'il le garantirait de l'éviction, ou des défauts de la

(1) Quia tamen dolum malum abesse præstare debeat. » (D. 19. 1. *De act. empt. et vend*. 3. § 1. f. Afric. — (2) *Ibid*. — (3) D. 21. 1. *De ædil. edict*. 31. § 20. f. Ulp. — (4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt*. 25. § 1. f. Ulp. — 45. 1. *De verb. oblig*. 75. § 10. f. Ulp. — (5) Dig. 19. 1. *De action. empt*. 3. § 1. Pom

chose (1). C'était un usage entré dans les mœurs que l'acheteur stipulât, en cas d'éviction, la restitution du double du prix : c'était ce qu'on nommait *duplæ stipulatio* ou *duplæ cautio* (2) ; et cet usage paraît avoir sa source jusque dans les Douze Tables (3). — Du reste, il était libre aux contractants de stipuler; au lieu du double, soit le simple, soit le triple, soit le quadruple, mais pas au delà (4). — Enfin les édiles curules réglèrent avec beaucoup de soin, par leur édit, la matière des ventes. Au sujet de l'éviction, ils transformèrent en nécessité, du moins quant à la vente des choses précieuses et des esclaves, l'usage de la stipulation du double : de telle sorte que l'acheteur pouvait agir, en vertu du contrat, contre le vendeur, pour se faire faire cette promesse suivant la maxime que ce qui est dans les habitudes et dans la coutume reçue, doit être observé par les parties dans les contrats de bonne foi (5).

1466. A l'égard des défauts cachés de la chose, l'édit des édiles, dans des dispositions dont le texte nous a été conservé en partie au Digeste (6), précisa positivement les obligations du vendeur, lui imposa la nécessité de promettre, sur stipulation du double (*duplæ stipulatio*), la garantie de certains vices (7), et introduisit, en outre, au profit de l'acheteur, deux actions particulières, pour demander, à son choix, en cas qu'il existât quelques-uns des vices compris dans l'édit, soit une diminution de prix (*actio æstimatoria*, ou *quanto minoris*), soit la rédhibition du contrat (*actio redhibitoria*) (8) : c'est de là que vient à de pareils vices la qualification de vices rédhibitoires. Le commentaire des jurisconsultes sur cette partie de l'édit est une triste revue des innombrables infirmités corporelles qui peuvent affliger l'homme ou les animaux.

1467. L'édit des édiles n'était relatif, dans son origine, qu'à la vente des esclaves (*mancipia*) et à celle des bêtes de somme (*jumenta*); mais il fut étendu ensuite à celle de toutes autres choses (9). Enfin, c'est par suite de ces divers éléments, par l'influence des stipulations, de la coutume, de l'édit édilitien, que la doctrine a complété la théorie des obligations produites

(1) *Ibid.* 11. § 4. f. Ulp. — (2) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto.* 31. § 20. f. Ulp. — 21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus.* 37. f. Ulp. — 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin. — (3) D'après le témoignage de Cicéron (*De officiis*, lib. 3), les Douze Tables avaient statué que dans la vente des fonds, l'acheteur « *qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret.* » — (4) Dig. 21. 2. *De evict.* 56. pr. f. Paul. — (5) *Ibid.* 37. f. Ulp. — 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — (6) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto, et redhibitione et quanti minoris.* 1. § 1; et 31. pr. f. Ulp. — (7) Dig. 21. 1. *De ædil. edict.* 28. f. Gai.; 31. § 20. f. Ulp. — 21. 2. *De eviction.* 31. f. Ulp. — Cod. 4. 49. *De action. empt.* 14. const. Dioclet. et Maxim. — (8) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 18. pr. f. Gai. : 44. § 2. f. Paul.; 45. pr. Gai., etc. — (9) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 63. et 1. pr. f. Ulp.; 48. § 6. f. Pomp.; et 49. f. Ulp. — Cod. 4. 58. — *De ædilitiis actionibus.* 4. const. Dioclet.

par le seul contrat consensuel, et qu'elle a transporté à l'action de ce contrat des effets sinon identiques, du moins analogues à ceux des stipulations ou des ordonnances de l'édit : par exemple, l'indemnité du double, pour cause d'éviction, dans les cas où elle est ordonnée (1); la diminution du prix ou la rédhibition en cas de vices rédhibitoires, toujours suivant la maxime que les parties doivent observer, dans les contrats de bonne foi, ce qui est passé en coutume ou en habitude reçue (2). Toutefois, l'usage des stipulations, les ordonnances de l'édit, ont continué à se maintenir; il y a toujours eu entre leurs effets et ceux attribués sur les mêmes points au simple contrat de vente les différences notables résultant du droit strict et précis d'une part, et de la bonne foi de l'autre.

1468. Quant à l'acheteur, ses obligations sont : de payer le prix au moment même de la tradition, ou bien au jour fixé, si un délai lui a été accordé. Il est même tenu, au sujet du prix, à plus que le vendeur ne l'est au sujet de la chose : car il est obligé d'en transférer la propriété au vendeur : « Emptor autem nummos venditoris facere cogitur (3). » De telle sorte que s'il a payé, par exemple, avec une somme d'argent qui lui avait été remise en dépôt, le vendeur, dès qu'il apprendra ce fait, et sans attendre d'être évincé, pourra agir contre lui : « Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito (4). » — Outre le prix, l'acheteur en doit les intérêts du jour de la tradition : « Veniunt autem in hoc judicium infra scripta : in primis pretium, quanti res venit; item usuræ pretii post diem traditionis : nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere (5). » — Enfin il est obligé de restituer au vendeur les impenses que celui-ci a faites de bonne foi, depuis la conclusion de la vente, à l'occasion de la chose vendue (*in re distracta*) (6). (A. 7, l. 3.)

1469. Indépendamment des obligations du vendeur et de l'acheteur, un autre effet important de la vente, c'est qu'aussitôt qu'elle est parfaite, avant même la tradition, la chose, pour les périls comme pour les chances de produit et d'accroissement qu'elle court (*periculum et commodum*), passe aux risques de l'acheteur : « Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditæ contingit ad emptorem pertinet (7). »

---

(1) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — 21. 2. *De evict.* 37. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 11. § 3, et 13. § 4. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 11. § 2. f. Ulp. — (4) Dig. 19. 4. *De rerum permut.* 1. pr. f. Paul. — (5) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. §§ 20 et 21. f. Ulp. — Cod. 4. 32. *De usuris.* 2. const. Sever. et Anton. — 4. 49. *De action. empt.* 5. const. Diocl. et Maxim. — Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito.* § 9. — Vatic. J. Rom. Fragm. § 2. — Voir aussi Dig. 22. 1. *De usur.* 18. § 1. f. Paul.; et Cod. 4. 54. *De pact. int. empt.* 5. const. Gordian. — (6) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 22. f. Ulp. — 4. 49. *De act. empt.* 16. const. Dioclet. et Maxim. — (7) Cod. 4. 48. 1. const. Alexand.

Le Digeste et le Code contiennent chacun un titre spécial pour cette matière (1); et le paragraphe suivant des Instituts nous en développe le principe.

**III.** Cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint; aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet, nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit; sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori; quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriæ actione.

**3.** Dès que le contrat de vente est parfait (ou, comme nous l'avons dit, aussitôt que les parties sont convenues du prix, si la vente est faite sans écrit), les risques de la chose vendue passent à l'acheteur, bien que la tradition ne lui ait pas encore été faite. Si donc l'esclave est mort, ou a été blessé; si l'édifice a été consumé en tout ou en partie par l'incendie; si le fonds a été emporté en tout ou en partie par la violence du fleuve; si par l'inondation ou par la tempête qui a renversé les arbres, il se trouve considérablement réduit ou détérioré, le dommage est pour l'acheteur, obligé qu'il est, même quand il n'a pas reçu la chose, d'en payer le prix. En effet, le vendeur, pour tout ce qui arrive sans son dol et sans sa faute, est en sécurité. Mais réciproquement si, depuis la vente, le fonds s'est accru par alluvion, le profit en est à l'acheteur; car les avantages doivent revenir à celui qui court les risques du péril. Si l'esclave vendu s'est enfui ou a été volé, sans le dol ni la faute du vendeur, il faut distinguer : si ce dernier a pris sur lui les risques de la garde jusqu'à la tradition, l'événement est à sa charge; sinon, il n'a pas à en souffrir. Décision applicable pour tous autres animaux et toutes autres choses. Toutefois le vendeur devra céder à l'acheteur l'action en vendication de la chose et la condiction, qui s'ouvrent pour lui parce que tant que la tradition n'est pas faite il demeure propriétaire. De même pour les actions de vol, et d'injuste dommage.

1470. Les dispositions du droit romain, exposées ici par notre texte, sur les risques de la chose vendue, ne sont-elles pas en opposition avec ces principes : que tant que la tradition n'a pas eu lieu le vendeur reste propriétaire, et que les accroissements, les détériorations ou la perte totale d'une chose reviennent forcément au propriétaire : maxime ainsi formulée par les commentateurs : «*res perit domino?*» Il n'y a, en réalité, dans notre texte, aucune exception à ces principes. En effet, le vendeur est resté propriétaire de la chose : en conséquence, si la chose s'accroît, par une production de fruits, par une alluvion, par une cause quelconque,

(1) Dig. 18. 6.; et Cod. 4. 48. *De periculo et commodo rei venditæ*

c'est lui qui devient propriétaire de ces fruits, de ces accroissements ; si la chose se détériore, si elle périt, son droit de propriété diminue d'autant, ou s'éteint. Notre texte ne dit pas un mot de la propriété. Mais quels sont les effets de la vente? C'est de produire des obligations : le vendeur est obligé de livrer et de faire avoir la chose à l'acheteur : eh bien, si depuis la vente il y a eu des fruits, des accroissements, il sera obligé de même de livrer et de faire avoir ces fruits, ces accroissements (1); si la chose a diminué, s'est détériorée sans sa faute, il ne sera obligé de la livrer et de la faire avoir qu'ainsi diminuée, ainsi détériorée; et si la chose a péri sans sa faute, son obligation aura cessé d'exister. Voilà tout ce que signifie cette maxime : que la chose, du moment de la vente, est aux risques de l'acheteur. C'est-à-dire que l'obligation du vendeur de livrer et de faire avoir, s'appliquera à la chose telle qu'elle se trouvera par suite des changements qu'elle aura pu éprouver. Il ne s'agit en tout ceci que de l'obligation du vendeur. Et s'il y a perte totale, nous ne ferons qu'appliquer cette règle commune de l'extinction des obligations : que le débiteur d'un corps certain (*species*) est libéré, lorsque ce corps a péri sans son fait ou sans sa faute (2).—Mais que deviendra l'obligation de l'acheteur relativement au prix? Le prix convenu devra-t-il être augmenté ou diminué, selon que la chose aura reçu des accroissements, ou subi des détériorations? En aucune manière; le prix restera toujours le même. Et si la chose vendue a péri totalement, de sorte que le vendeur se trouve libéré de l'obligation de la livrer, l'acheteur le sera-t-il aussi de celle de payer le prix? Pas davantage. Les deux obligations, une fois contractées, ont une existence indépendante : la première peut se modifier ou s'éteindre, dans son objet, par les variations de la chose vendue; la seconde n'en continue pas moins de subsister, toujours la même (3). Tel était le système romain; et c'est pour cela qu'il est vrai de dire que du moment de la vente, l'acheteur court les risques de la chose vendue, bien que le vendeur en soit encore propriétaire.

1471. Ce principe, du reste, n'est pas susceptible d'application quand l'objet de la vente est, non pas un corps certain (*species*),

---

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. §§ 10. 13 et 18. f. Ulp. — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 23. f. Pomp. —Ci-dessus, 2. 20. *De legatis*, § 16. t. 2. nº 895; et 3. 19. *De inutil. stipul.* § 2, ci-dess. nº 1333. — (3) Dig. 18. 5. *De rescind. vend.* 5. § 2. f. Julian. — 21. 2. *De evict.* 11. pr. f. Paul. — Cod. 4. 48. *De peric. et comm.* 6. const. Dioclet. et Maxim. — Voyez pourtant le fragment tiré d'Africain, Dig. 19. 2. *Locati conducti*. 33, dans lequel l'opinion contraire paraît positivement émise, et d'où il semble résulter que le vendeur, en cas de perte de la chose, ne pourrait pas exiger le prix, ou même serait obligé de le restituer s'il l'avait reçu. Les commentateurs ont fait bien des efforts pour concilier ce passage avec les principes exprimés si souvent ailleurs. Ils ont supposé notamment, qu'ici le vendeur s'était spécialement obligé à prendre sur lui la chance de certains vices ou de certains risques de la chose. Mais il est plus simple et plus vrai peut-être d'y voir une divergence d'opinion.

mais un genre (*genus*), par exemple un cheval, un esclave (*in genere*) : parce que tant que l'objet n'est pas déterminé, on ne peut pas dire qu'il augmente, qu'il diminue ou qu'il périsse; ni même quand les objets sont désignés, mais que la vente en est faite au poids, au nombre ou à la mesure (*pondere, numero, mensurave*) : par exemple ce lingot, ce troupeau, ce blé, ce vin, ou même ce champ, mais à tant la livre, la tête, ou la mesure; parce que le prix étant indéterminé, tant que la chose n'a pas été pesée, comptée ou mesurée, la vente, jusque-là, n'est pas considérée comme parfaite (1). Mais si le tout est vendu, comme disent les Romains, *per aversionem*, c'est-à-dire en bloc, pour un seul prix (*uno pretio*), la vente est parfaite dès que la convention a eu lieu, le principe sur les risques est immédiatement applicable (2). — L'application de ce principe demande aussi des distinctions, dans les cas où il s'agit de ventes conditionnelles (3), ou de ventes de plusieurs choses alternativement : « *Stichum aut Pamphilum* (4).

1472. Enfin, à côté de ce principe, il faut placer une dernière obligation du vendeur, dont il nous reste à parler : c'est qu'il est responsable envers l'acheteur de toute faute; d'où il suit qu'il doit apporter ses soins à la garde et à la conservation de la chose. « Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem præstet (5). » Les jurisconsultes expriment cette obligation en diverses expressions, qui ne sont que des variations de style : tantôt, « *ut præstet dolum et culpam* » ; — *non solum dolum, sed et culpam;* tantôt, « *custodiam et diligentiam* » ; tantôt l'une ou l'autre séparément (6) : de sorte que je regarde comme puéril de faire autant de nuances de chacune de ces expressions, et de discuter péniblement si le vendeur doit les unes et ne doit pas les autres. Mais les jurisconsultes romains, quelle que soit l'expression employée, nous indiquent nettement l'étendue de la responsabilité du vendeur; il doit mettre à la garde de la chose les soins d'un bon père de famille, et plus de diligence qu'il n'en apporte ordinairement à ses propres choses « Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est; ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet, » dit le jurisconsulte Paul (7). Ulpien exprime, en d'autres termes, la même règle et la développe par des exemples (8).

---

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. §§ 5 et 6. f. Gai. — (2) *Ibid.* et 18. 1. 62. § 2. f. Modestin. — (3) Dig. 18. 6. *De peric. et comm.* 8. pr. f. Paul.; — 18. 1. *De contrah. empt.* 7. pr. f. Ulp. — (4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 34. § 6. f. Paul. — 46. 3. *De solut. et liber.* 95. pr. f. Papinien. — (5) Dig. 47. 2. *De furtis.* 14. pr. f. Ulp. — (6) Dig. 13. 6. *Commodat.* 5. § 2. f. Ulp.; — 18. 6. *De pericul.* 3. f. Paul. — 19. 1. *De act. empt.* 13. § 16. f. Ulp.; et 36. f. Paul. — 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. §§ 11 et 12. f. Ulp. — (7) Dig. 18. 6. *De pericul.* 3 f. Paul. — (8) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. §§ 11 et 12. f. Ulp.

La responsabilité du vendeur serait tout autre, et s'étendrait même aux cas fortuits, s'il avait pris spécialement sur lui les risques de la garde, ou, comme l'exprime notre texte : « *si custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit.* »

1473. L'acheteur, de son côté, par la nature du contrat, est également responsable envers le vendeur, non-seulement du dol, mais de toute espèce de faute qui pourrait préjudicier à celui-ci : par exemple de ses négligences, en cas de poursuite en éviction, soit dans la défense, soit dans la dénonciation, qu'il doit faire au vendeur, de cette poursuite (1).

1474. Maintenant que les obligations résultant du contrat, tant pour le vendeur que pour l'acheteur, nous sont connues, examinons quelle peut être la portée de cette règle de la jurisprudence romaine, que l'acheteur n'est pas obligé de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et comment celui-ci arrive à ses fins, qui sont bien, en définitive, d'acquérir cette propriété au moyen de son achat.

1475. Si le vendeur a vendu et livré sa propre chose, ou qu'ayant vendu la chose d'autrui, il l'ait acquise ensuite afin d'en faire la livraison qu'il doit à son acheteur, celui-ci va arriver régulièrement à ses fins. Au moyen de la tradition qui lui sera faite par le vendeur propriétaire, dès qu'il aura payé le prix convenu, ou satisfait de toute autre manière le vendeur, ou obtenu crédit à cet égard, la propriété lui sera transférée (2). — La nécessité, pour que cette translation de propriété s'opère, qu'il y ait eu non-seulement tradition, mais encore payement du prix, ou satisfaction, ou crédit accordé par le vendeur : « *Si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione;* » plus laconiquement encore, d'après Ulpien : « *Nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel alias satisfacto* (3), a déjà été exposée dans les Instituts (tom. II, n° 419). Toute concordante qu'elle soit, d'une manière générale, avec l'équité, elle est, dans le droit romain, une particularité de la vente, dont on ne rencontre pas l'analogue dans les contrats *do ut des, do ut facias,* et qui vient probablement des souvenirs de l'antique vente *per æs et libram,* dans laquelle le métal était pesé et donné pour parfaire l'acquisition (ci-dess., tom. II, n° 419). — Quoi qu'il en soit, ces conditions une fois remplies, l'acheteur devient propriétaire; la règle que le vendeur n'est pas tenu de lui transférer la propriété n'a rien à faire ici.

---

(1) Dig. 13. 6. *Commod.* 5. § 2. f. Ulp.; et *ci-dessus*, pag. 251. — (2) Dig. 19. 1. *De act. empt.* 11. § 2. f. Ulp. « Et in primis ipsam rem præstare venditor oportet, id est tradere, quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat : si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur. » — (3) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 19. f. Pompon.; et 53. f. Gai. — 14. 4. *De tributoria actione*, 5. § 1. Ulp.

1476. Le seul cas qui reste pour l'application possible de cette règle est donc celui de la vente et livraison de la chose d'autrui : encore y a-t-il ici des distinctions à faire.

1477. En effet, nous savons qu'il est de principe en droit romain que la vente de la chose d'autrui est valable (ci-dess., n° 1451). Ce principe romain, opposé à celui qui a été formulé dans notre droit français (Code N., art. 1599), n'était pas fondé, comme on l'a dit trop souvent, mais à tort, sur ce que le vendeur, chez les Romains, ne s'obligeait pas à transférer la propriété : et la preuve, c'est que dans la promesse sur stipulation de donner (*dare*), le promettant s'engageait bien à donner la propriété; et cependant une telle promesse, aussi bien que la vente, était valable même pour la chose d'autrui (1). L'unique motif, c'est que les contrats, en droit romain, opèrent des obligations seulement, et non des translations de propriété : lors donc qu'ils consistent même dans l'obligation de donner la propriété, rien ne rend nécessaire, pour qu'ils existent, que le promettant ait déjà cette propriété au sujet de laquelle il s'engage (2). A plus forte raison en était-il ainsi dans la vente. — Le principe étant donc bien arrêté, et tenant pour certain que, lorsqu'il y a eu vente de la chose d'autrui, le contrat est valable dans tous les cas, il reste néanmoins à déterminer les effets de ce contrat : or ces effets sont bien différents, suivant que les parties ou l'une d'elles ont su ou ont ignoré, en fait, que la chose appartenait à autrui.

1478. Si les deux parties ont connu ce fait; ou même si le vendeur l'ignorant et faisant sa vente de bonne foi, l'acheteur seul en avait connaissance : alors voilà le cas dans lequel s'appliquera utilement la maxime que nous cherchons à étudier. C'est alors qu'il sera vrai de dire que tant que l'acheteur continue de posséder la chose qui lui a été vendue et livrée (*rem licere habere*), tant qu'il n'a souffert aucune éviction, eût-il la preuve que la chose vendue appartient à un tiers, il n'a rien à demander à ce sujet au vendeur (ci-dess., n° 1461) : « Qui rem emit, et post possidet, quandiu evicta non est, auctorem suum propterea quod alienata vel obligata res dicatur, convenire non potest (3). »

1479. Mais il n'en sera plus de même si le vendeur a vendu la chose d'autrui *sciemment* à un acheteur *qui ignorait ce fait*. Les jurisconsultes romains ne disent pas, il est vrai, d'une manière dogmatique, que la règle par nous examinée cesse dans ce cas; mais malgré cette règle (*quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam*

(1) Voir ci-dessus, n° 1330 : « *Vel cujus commercium non habuerit*, et le fragment qui y est cité : Dig. 45. 1. *De verb. oblig*. 34. f. Ulp. — (2) Le *mutuum*, au contraire, ne peut avoir lieu pour la chose d'autrui, parce qu'ici ce qui crée l'obligation constitutive du contrat, c'est la translation même de la propriété (*re contrahitur*). Voir ci-dessus, n° 1209. — (3) Cod. 8. 45. *De evictior*. 8. const. Sever. et Anton.

*ut ejus faciat*), comme la vente est un contrat de bonne foi et que les parties y sont responsables de tout dol commis par elles (*quia tamen dolum malum abesse præstare debeat*), l'acheteur aura dans ce cas, contre le vendeur, l'action du contrat pour se faire indemniser : « Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris : etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit, in id quanti mea intersit meam esse factam (1). — Quant à l'aliénation de la chose d'autrui, elle se trouve validée si le vendeur devient propriétaire, ou si le propriétaire succède au vendeur (2).

### *Des modalités du contrat de vente, et des clauses particulières qui peuvent y accéder*

(pacta inter emptorem et venditorem composita).

1480. La vente peut recevoir les diverses modalités du terme ou de la condition.

IV. Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest; sub conditione; veluti : SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS AUREIS TOT.

4. La vente peut être faite, tant sous condition que purement et simplement; sous condition, par exemple : SI DANS TEL DÉLAI TU AGRÉES STICHUS, IL TE SERA VENDU TANT D'ÉCUS D'OR.

1481. L'exemple donné par notre texte est celui d'une condition entièrement au pouvoir de l'acheteur : « *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit.* » Aussi faut-il décider que l'indication d'un délai déterminé (*intra certum diem*) est indispensable pour qu'il y ait contrat : sans quoi l'acheteur ne serait lié en rien; ce serait comme si la vente lui avait été faite sous cette condition : « *Si voluerit;* » et par conséquent elle serait nulle (ci-dess., n° 1250) (3). — L'effet de cette condition est de rendre incertaine la vente, de tenir son existence en quelque sorte en suspens : c'est ce que nous appelons, en droit français, une condition suspensive. — Paul, Ulpien, et une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, nous offrent l'exemple d'une condition analogue, mais en sens inverse : « *ut si displicuerit intra certum diem, inempta sit* (4). » Ici l'effet de la condition est de tenir en suspens, non pas la vente, mais sa résolution. C'est ce que nous appelons, en droit français, une condition résolutoire. Mais tel n'est pas le langage des jurisconsultes romains. En cas pareil, ils disent souvent que la vente est pure et simple : en ce sens qu'elle produit immédiatement

(1) Tel est le texte d'Africain, qui développe ensuite le motif de sa décision fondée sur ce que le vendeur doit répondre de son dol : DIG. 19. 1. *De action. empt.* 30. § 1. — (2) V. l'excellente dissertation de M. Lobbé (*Revue pratique*), 1875, n°s 4-6. — (3) GAI. Com. 3. § 146. — DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 7. pr. f. Ulp. — COD. 4. 38. *De contrah. empt.* 13. const. Dioclet. et Maxim. — (4) DIG. 18. 1. *De contrah. empt.* 3. f. Ulp. — 41. 4. *Pro emptore.* 2. § 5. f. Paul. — COD. 4. 58. *De ædilit. action.* 4. const. Dioclet. et Maxim. Voir aussi DIG. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 22. f. Ulp.

ses effets, sauf la résolution qui pourra survenir. Ce n'est pas la vente, disent-ils, mais sa résolution qui est conditionnelle et incertaine. « *Pura emptio, quæ sub conditione resolvitur* (1). » La vente ainsi résolue, comme au cas de donation (t. II, n° 546), le vendeur n'avait en principe qu'une action personnelle en restitution, mais on a fini par lui accorder une action réelle utile (2).

**1482.** L'acheteur et le vendeur peuvent modifier leur convention principale par des conventions accessoires. Ces conventions, qui portent le nom générique de *pacta*, se nomment souvent aussi *leges emptionis-venditionis*, les lois de la vente. Formées en même temps que le contrat de vente, elles en font partie, elles tirent de lui leur force obligatoire, et leurs effets se poursuivent par les mêmes actions. Nous trouvons au Code de Justinien un titre spécial sur ces pactes accessoires en général; et dans le Digeste, quelques titres consacrés à certains d'entre eux (3). — Ces pactes ont pour but d'apporter aux règles ordinaires du contrat les dérogations qu'il plaît aux parties d'y faire : par exemple, sur la livraison, sur le payement, sur les sûretés à donner de part ou d'autre, sur les risques, sur les produits, sur les intérêts. Ou bien ils ont pour but la réserve ou la constitution de quelque droit : par exemple, une réserve d'usufruit, une constitution de servitude. Quelques-uns de ces pactes, comme plus usuels ou comme ayant un caractère plus distinct, ont appelé l'attention particulière des jurisconsultes.

**1483.** Tel est celui que les Romains nommaient *in diem addictio*, par lequel il est convenu entre les parties que si, dans un certain délai, de meilleures conditions sont offertes au vendeur (*meliore allata conditione*), la vente n'aura pas lieu, ou se trouvera résolue. « *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.* » Ce pacte constitue véritablement une condition mise soit à la vente, soit à sa résolution, selon la manière dont les parties l'ont entendu. Il en est traité dans un titre spécial au Digeste (4).

**1484.** Tel est encore celui qui porte le nom de *lex commissoria*, d'après lequel la vente sera résolue si tel ou tel des contractants commet quelque chose contre la loi du contrat. Dans l'usage, ce pacte intervient au profit du vendeur, en ce sens que si l'acheteur ne paye pas le prix dans un délai fixé, la vente sera résolue au gré du vendeur : « *Ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit.* » C'est encore une sorte de condition résolutoire : le Digeste y consacre aussi un titre particulier (5).

**1485.** Enfin nous ferons remarquer encore le pacte que nous nommons aujourd'hui improprement pacte de réméré, et qui

(1) DIG. 41. 4. *Pro empt.* 2. § 5. f. Paul. — 18. 2. *De in diem addict.* 2. f. Ulp. — (2) COD. 4. 54. l. 4. const. Alex. — (3) COD. *eod. tit. De pactis inter emptorem et venditorem compositis.* — (4) DIG. 18. 2. *De in diem addictione.* — (5) DIG. 18. 3. *De lege commissoria.*

n'est, au fond, qu'une autre sorte de clause résolutoire, par laquelle il est convenu que le vendeur pourra recouvrer la chose, en remboursant le prix dans un certain délai : « *Ut sive venditor, sive heredes ejus, emptori pretium, quandocunque vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur* (1). »

*De la rescision de la vente* (de rescindenda venditione).

1486. Un titre particulier, tant au Digeste que dans le Code de Justinien, est consacré à cette matière (2).

Mais le Digeste ne traite, à vrai dire, que des divers cas dans lesquels la vente est résolue, soit par l'effet des pactes résolutoires qui ont pu y être insérés, soit par le mutuel dissentiment des parties, pourvu que ce dissentiment intervienne *dum res integra est,* ou en d'autres termes, *antequam fuerit res secuta,* c'est-à-dire avant que la convention ait reçu aucune exécution de part ni d'autre. — La rédhibition pour cause des défauts de la chose est encore une sorte de résolution dont nous avons déjà parlé (ci-dessus, n° 1466).

1487. C'est dans le Code que nous trouvons indiquée la rescision pour cause de violence (3), de dol (4); ou enfin celle qui a attiré au plus haut degré l'attention des commentateurs et qui a fait naître le plus de controverses: la rescision pour cause de lésion (5). — Deux rescrits des empereurs Dioclétien et Maximien sont les seuls textes où nous trouvions formulée cette dernière cause, qui doit incontestablement son origine première à la nature des actions de bonne foi (6); mais qui revêt, dans la constitution des empereurs, et au sujet de la vente, un caractère précis et tout particulier. Si le prix de la vente est un vil prix (*minus pretium*), il y aura lieu à rescision : l'acheteur ayant néanmoins le choix, pour éviter cette rescision, de payer ce qui manque au juste prix (*justum pretium*). Mais à quel point est posée la limite? Ce point est marqué d'une manière précise : le prix est vil, quand il est inférieur à la moitié de la véritable valeur qu'avait la chose au moment de la vente. « Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit (7). » C'est ce que notre ancienne jurisprudence a nommé la lésion *d'outre-moitié.* — Du reste, les interprètes sont bien loin de s'entendre sur la portée des deux rescrits :

(1) Cod. 4. 54. *De pactis inter. empt. et vend.* 2. const. Alexand. — Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 12. f. Procul. — (2) Dig. 18. 5. *De rescindenda venditione, et quando licet ab emptione discedere.* — Cod. 4. 44. *De rescindenda venditione;* et 4. 45. *Quando liceat ab emptione discedere.* — (3) Cod. 4. 44. *De rescind. vend.* 1. const. Alexand.; et 8. pr. const. Dioclet. et Maxim. — (4) *Ibid.* 5. 8. pr.; et 10. const. Dioclet. et Maxim. — (5) *Ibid.* 2 et 8. const. Dioclet. et Maxim. — (6) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 79. f. Paul. — 16. 3. *De deposit.* 2. f. Paul. — (7) Cod. 4. 44. *De rescind. vend.* 2 et 8. *in fine.* const. Dioclet. et Maxim.

leur disposition était-elle applicable à la vente des fonds seulement, ou à la vente de toute autre chose? à la lésion éprouvée par le vendeur seul, ou même à celle de l'acheteur? enfin était-elle exclusivement spéciale au contrat de vente, ou commune à tous les contrats onéreux de bonne foi? Les deux rescrits ne parlent que de fonds, parce que tel est le cas particulier sur lequel les empereurs répondent; mais la raison de décider est la même pour toute autre chose vendue; et l'un des rescrits semble même commencer par l'énonciation du principe en général : « *Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit.* » Enfin, sur les deux dernières questions, on ne peut se dissimuler, quoique les textes du droit romain ne l'indiquent pas, que le seul contrat de vente, et, dans ce contrat, le seul rôle de vendeur présentent une considération majeure qui ne se rencontre pas ailleurs : savoir, la possibilité que ce soit la pénurie, le besoin d'argent, qui ait poussé le vendeur à se défaire à tout prix de sa chose. Raison suffisante pour ne pas sortir, quant à ces deux questions, des termes de la constitution.

**V.** Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

**5.** Celui qui achète sciemment des objets sacrés, religieux ou publics, par exemple un forum, une basilique, fait un acte nul. Mais si trompé par le vendeur, il les a achetés les croyant profanes ou privés, il aura l'action d'achat, fondée sur ce qu'il n'est pas mis à même d'avoir la chose, afin d'obtenir ainsi l'indemnité de l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé. De même, s'il a acheté un homme libre, le croyant esclave.

**1488.** Nous avons vu (ci-dessus, n° 1335) qu'à l'égard de la stipulation, l'ignorance de celui qui stipule la dation d'une chose hors du commerce ne lui profite en rien, il ne peut demander ni ce qu'il a stipulé, parce que la dation en est impossible, ni aucune autre chose, parce qu'on ne peut pas étendre le contrat, qui est de droit strict, hors de ces termes. Mais en matière de vente, contrat de bonne foi, il en est autrement. La vente d'une chose hors du commerce, quand l'acheteur achète avec connaissance de ce fait, est complétement nulle (1); mais quand l'acheteur l'ignore (*si ab ignorante emitur; si emptor ignoret*) la vente est valable (2) : non pas sans doute, en ce sens, que la chose hors du commerce puisse être valablement livrée et acquise à l'acheteur, ni que le vendeur puisse en demander le prix; mais en ce

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 34. § 1. f. Paul.; et 22. f. Ulp.; et 6. pr. f. Pompon. — (2) *Ibid.* 4. f. Pompon.; et 70. f. Licin. Rufin. Il résulte de ce dernier fragment que même dans le cas où le vendeur aussi aurait ignoré que la chose fût hors de commerce (*inter ignorantes*), le contrat de vente existerait, en ce sens qu'il produirait ses actions pour faire obtenir aux parties ce que réclamerait la bonne foi, selon les circonstances.

sens que l'action d'achat existe contre le vendeur au profit de l'acheteur, pour l'intérêt que ce dernier avait à ne pas être trompé : « *Ut consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur.* » C'est ce qu'explique très-clairement notre texte, ainsi qu'un paragraphe de Modestinus, au Digeste (1).

### ACTIONS RELATIVES AU CONTRAT DE VENTE.

1489. Le droit civil, en acceptant du droit des gens et en érigeant en contrat la simple convention de vente, l'a investie de deux actions, qui lui sont exclusivement propres : l'action *empti* ou *ex empto,* et l'action *venditi* ou *ex vendito,* qui sont données l'une à l'acheteur, et l'autre au vendeur, et par lesquelles chacun d'eux peut poursuivre judiciairement l'exécution de toutes les obligations quelconques qui résultent du contrat. Nous trouvons au Digeste et au Code un titre particulièrement consacré à traiter de ces deux actions (2). Leur caractère d'actions de bonne foi, autorisant le juge à former sa sentence *ex æquo et bono, ex bona fide,* donne à ces actions une étendue illimitée, qui permet d'y comprendre la poursuite de tous les résultats que le contrat doit équitablement produire. Livraison de la chose et de ses dépendances; payement du prix et des intérêts quand ils sont dus; garantie de l'éviction totale ou partielle ; garantie des vices cachés, ou des bonnes qualités annoncées dans la chose : qu'il s'agisse d'obtenir soit des dommages-intérêts, soit la rédhibition du contrat; obligation pour le vendeur de faire les promesses sur stipulation ordonnées par l'édit des édiles; responsabilité de toute faute de la part tant de l'une que de l'autre des parties; exécution des engagements particuliers, des clauses et de tous les pactes accessoires faisant partie de la vente : en un mot, toutes les conséquences du contrat peuvent être obtenues par l'action *ex empto* pour l'acheteur, et par l'action *ex vendito* pour le vendeur.

1490. A ces actions principales, propres au contrat, et qui existent toujours, il faut joindre encore :

Les actions *ex stipulatu* (ou, selon l'objet promis, les *condictiones certi*) résultant des stipulations que les parties ont pu faire à l'occasion du contrat, soit par suite de conventions particulières, soit en exécution des ordonnances de l'édit édilitien sur la garantie de l'éviction et des vices cachés de la chose (*duplæ stipulatio*) ;

Les actions en diminution de prix (*actio æstimatoria,* ou *quanto minoris*), et en rédhibition de la vente (*actio redhibitoria*), créées par les édiles, selon ce que nous avons déjà dit ci-dessus, n° 1466. Ces deux actions étaient limitées à certains délais assez courts, différents selon les cas; mais, en règle générale, d'un

(1) *Ib.* 62. § 1. f. Modest. — (2) Dig. 19. 1; et Cod. 4. 49. *De actionibus empti et venditi.*

an pour l'action *quanto minoris*, et de six mois pour l'action *redhibitoria* (1);

Enfin l'action *præscriptis verbis*, qui peut aussi être donnée pour l'exécution des pactes accessoires joints au contrat (2).

1491. Ces diverses actions, quand elles existent concurremment, et, en outre, les actions *empti et venditi*, qui résultent toujours directement du contrat, ne s'excluent pas l'une l'autre; mais elles sont ouvertes cumulativement chacune selon sa nature, de manière, toutefois, que nul des contractants n'obtienne plus qu'il ne lui est dû.

## TITULUS XXIV. DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

## TITRE XXIV. DU LOUAGE (3).

1492. Si dans la convention intervenue entre deux parties, l'une d'elles s'oblige, moyennant un certain prix consistant en monnaie, non pas à faire avoir à l'autre une chose comme en propriété (*præstare rem habere licere*); mais seulement à lui en procurer l'usage ou la jouissance (*præstare re uti, re frui licere*); ou à faire pour elle certains travaux, ou un ouvrage déterminé : il y a, non plus contrat de vente (*emptio venditio*), mais contrat de louage (*locatio-conductio*). Celui qui doit fournir la chose à loyer se nomme généralement *locator* (en français, *locateur* ou *bailleur*); celui qui doit la prendre, *conductor* (en français, *locataire* ou *preneur*); et le prix, *merces*.

1493. On voit que cette convention a, par sa nature même, la plus grande analogie avec celle de vente. Cette analogie se maintient dans les règles de droit qui gouvernent ces deux contrats, ainsi que notre texte va s'attacher à le démontrer. Dérivée du droit des gens, accueillie par le droit civil, la convention de louage, comme celle de vente, produit, par le seul effet du consentement, de part et d'autre entre les parties (*ultro citroque*), des obligations diverses, qui doivent être déterminées selon l'équité (*ex æquo et bono*), et elle est investie de deux actions spéciales (*actio locati; actio conducti*), une pour chaque partie. — Ce qui concerne le consentement et l'innovation de Justinien par rapport aux ventes que les parties seraient convenues de rédiger par écrit s'applique également au louage (4).

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio conve-

Le louage se rapproche beaucoup de la vente, et se régit par les mêmes règles de droit. En effet, de même que le contrat de vente est formé dès qu'il y a

(1) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 19. § 6. f. Ulp.; 28. f. Gai.; 31. §§ 22 et 23. pr. f. Ulp.; 55. f. Papin. — Cod. 4. 58. *De ædilit. action.* 2. const. Gordian. — (2) Cod. 4. 54. *De pact. int. vendit.* 2. const. Alexand. — (3) Gai. Com. 3. §§ 142 et suiv. — Paul. Sent. 2. 18. *De locato et conducto.* — Dig. 19. 2. *Locati conducti.* — Cod. 4. 65. *De locato et conducto.* — (4) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 17. const. Justinian.

nerit, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur si merces constituta sit, et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

eu convention sur le prix, de même dès que le salaire du loyer a été constitué, le contrat de louage existe et produit pour le locateur l'action *locati*, pour le locataire l'action *conducti*.

1494. Les objets d'obligation, dans le contrat de louage, sont : d'une part, l'objet du loyer, et de l'autre, le prix qui doit en être payé.

1495. L'objet du loyer peut être de diverse nature : — soit une chose (*res*), dont l'usage ou la jouissance doit être fournie au locataire ; — soit des travaux ou services (*operæ*) que l'une des parties s'oblige à faire pour l'autre, et qui doivent être payés proportionnellement à leur durée : par exemple, soigner la maison, les écuries, cultiver un champ, conduire un chariot, un navire, à tant par mois ou par année, — soit enfin une œuvre quelconque (*opus*), que l'une des parties s'oblige à confectionner, à faire pour l'autre, moyennant un prix déterminé : par exemple, construire, d'après le devis arrêté, une maison, conduire tel navire en tel endroit, couper telle moisson, pour tel prix (c'est ce que nous nommons entreprise à la tâche ou à forfait).

De là diverses variétés de louage : 1° *locatio-conductio rerum*, louage de choses ; 2° *locatio-conductio operarum*, louage de services : 3° *locatio-conductio operis*, louage d'un ouvrage à exécuter.

1496. Outre les noms génériques de *locator*, *conductor*, *merces*, quelques dénominations particulières sont applicables spécialement à ces diverses variétés. Ainsi le locataire d'une maison se nomme souvent *inquilinus ;* le fermier d'un bien rural, *colonus :* et le prix du loyer, dans l'un et l'autre cas, *pensio*, *reditus* (1). A l'égard du louage de services (*operarum*), les noms ordinaires ne changent pas : celui qui fournit ses services est le *locator*, et celui qui les prend à loyer et les paye est le *conductor*. Mais quant au louage d'un ouvrage à l'entreprise (*operis*), ces noms sont fréquemment intervertis : si l'on considère le travail de l'entrepreneur, ils restent dans l'ordre précédent : l'entrepreneur est locateur de son travail (*locator operarum*), et celui qui le paye en est locataire (*conductor operarum*). Mais le plus souvent c'est l'œuvre, l'opération elle-même (*opus*) que les jurisconsultes romains considèrent. Alors ils disent de l'entrepreneur qu'il a pris à bail l'ouvrage (*opus conduxit*) (2). C'est donc celui qui fait faire l'opération qui est *locator operis*, et l'entrepreneur en est le *conductor*. On le nomme quelquefois aussi *redemptor operis* (3).

(1) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 24. §§ 1, 2 et 4. f. Paul. — 25. §§ 1 et 2. f. Gai. — 5 et 9. § 6. f. Ulp. — (2) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 11. §§ 3, et 13. §§ 1. 3. f. Ulp. ; 25. § 7. f. Gai. ; 59. f. Javolen. — 19. 5. *De præscript. verb.* 1. § 1. f. Papin. — (3) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 30. § 3. f. Alfen. ; 51. § 1. f. Javolen. ; 60. § 8. f. Labeon. — 6. 1. *Rei vindicat.* 39. f. Ulp.

1497. Du reste, ce n'est pas seulement dans les noms; mais, ce qui est plus important, c'est dans leur nature et dans leurs effets que ces diverses variétés de louage diffèrent entre elles.

1498. Le prix du loyer, *merces*, nommé quelquefois aussi simplement *pretium* (1), doit essentiellement, comme dans la vente, être déterminé (*certum*), et consister en une somme de monnaie.

I. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium promissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces promissa fuerit. *Qua de causa*, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta qui dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non propria locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

1. Et ce que nous avons dit plus haut de la vente dont le prix aurait été abandonné à l'arbitrage d'un tiers doit s'entendre également du louage. *C'est pourquoi*, si quelqu'un donne au foulon ou au tailleur des vêtements à nettoyer, à soigner, ou à raccommoder, sans fixation immédiate de salaire, mais à charge de payer plus tard ce dont ils conviendront entre eux, on ne voit pas là un contrat de louage proprement dit; mais on donne pour ce fait l'action præscriptis verbis.

1499. *Qua de causa* : Ce *qua de causa*, emprunté aux Instituts de Gaius (2), ne se lie plus bien, ici, à ce qui précède. Le sens est que le prix doit être déterminé, et que, par conséquent, si les parties s'en sont remises sur ce point l'une à l'autre, sauf à compter plus tard, il n'y a pas contrat de louage.

II. Præterea, sicut vulgo quærebatur an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quæri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam rem utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, placuerit inter eos ut per denos dies invicem boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est.

2. En outre, de même qu'on mettait en question si par un échange de choses il se forme contrat de vente, de même la question s'élevait-elle pour le louage, dans le cas où quelqu'un t'a donné une chose en usage ou en perception de fruits, et en a reçu de même, à son tour, une autre de toi. On a décidé encore que ce n'est point là un louage, mais un genre particulier de contrat. Par exemple, si deux voisins ayant chacun un bœuf conviennent de se prêter réciproquement leur bœuf pendant dix jours pour un ouvrage à faire, et que le bœuf de l'un périsse chez l'autre, il n'y aura d'action ni locati, ni conducti, ni commodati, puisque le prêt n'était pas gratuit; mais action præscriptis verbis.

1500. Nous avons ici, comme dans l'échange, une de ces conventions qui, par elles-mêmes, ne produisent aucun lien. C'est une opération à exécuter de fait entre les parties. Ce n'est que le commencement d'exécution de la part de l'une ou de l'autre, qui fait naître l'obligation. Nous en traiterons plus tard (nos 1591 et suiv.).

(1) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 28 § 2. f. Labeon.; et 51. § 1. f. Javolen. — Le prix de la main-d'œuvre, dans la *locatio operis*, peut recevoir le nom particulier de *manupretium* : *Ibid.* 30. § 3. f. Alfen. — (2) Gai. Com. 3. § 143.

## *De l'emphytéose* (emphyteusis), *et du droit de superficie* (superficies).

III. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio ut in quibusdam causis quæri soleat utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; ut ecce de prædiis quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quandiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere ac si natura talis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur.

3. Il y a une telle affinité entre la vente et le louage, que dans certains cas on met en question si le contrat est une vente ou un louage. Tel est celui où des fonds sont livrés à certaines personnes en jouissance perpétuelle, c'est-à-dire de telle sorte que le propriétaire, tant que la redevance ou le revenu lui en sera payé, ne puisse les retirer ni au locataire ou à son héritier, ni à quiconque les aurait acquis du locataire ou de son héritier, à titre de vente, de donation, de dot ou à tout autre titre. Comme les anciens étaient en doute sur ce contrat, les uns le considérant comme un louage, et les autres comme une vente, une constitution de Zénon est intervenue qui attribue au contrat d'emphytéose une nature spéciale, ne se confondant ni avec le louage ni avec la vente, mais tirant sa force de ses propres conventions. Et si quelque pacte y est intervenu, il sera observé comme si telle était la nature du contrat. Mais si rien n'a été convenu quant aux risques de la chose, le péril de la perte totale tombera sur le propriétaire, et le dommage de la perte partielle sur l'emphytéote. Tel est le droit que nous suivons.

1501. Il s'agit dans ce paragraphe d'une nature particulière de droit qui, depuis les premiers temps de Rome jusqu'aux temps modernes, à travers les vicissitudes des gouvernements, de la propriété publique et de la propriété privée, considérée sous le triple rapport de l'histoire, de l'économie sociale, ou de la pure science du droit, offre constamment un haut intérêt. Il se rattache, par son origine, à l'*ager publicus* de l'ancienne Rome, aux possessions des patriciens sur ces champs, aux luttes agraires, aux revirements de distribution ou d'exploitation, en un mot à tous les souvenirs que réveillent ces mots : *ager publicus*. Il se rattache de plus près encore à l'*ager vectigalis* des colonies, des municipes, des cités diverses, des collèges sacerdotaux, et aux locations de long temps qui en étaient faites. De même aux divers biens de l'empereur, *patrimoniales fundi, fundi rei privatæ, fundi fiscales*, et au mode le plus usuel d'après lequel le fisc les mettait en valeur. Enfin des biens de l'État, des communes, des corporations ou du fisc, ce droit arrive aux biens des particuliers.

1502. Le mot d'emphytéose (*emphyteusis*), et les adjectifs qui s'y réfèrent (*emphyteuticum prædium*), n'apparaissent que fort

tard, dans les constitutions du Bas-Empire, comme qualification occasionnelle plutôt qu'exclusive (1); et la notion du droit en lui-même est longtemps à se préciser et à se formuler. Gaius, en ses Instituts, dans le paragraphe qui est l'origine de celui de notre texte (2), ne parle encore que des locations perpétuelles de l'*ager vectigalis* des municipes. — Le fait, le voici. C'est que d'abord l'État, et ensuite les cités, les corporations, les propriétaires de vastes terres, ne pouvant les cultiver eux-mêmes, ni les faire cultiver par mandataires, cherchent, comme meilleur mode d'exploitation, à les donner à long bail, et à s'en faire un revenu fixe et périodique. C'est qu'en second lieu, ces terres étant en grande partie incultes, ayant besoin, pour être mises en valeur, que le cultivateur s'y attache, les remue et les améliore comme sa propre chose, comme un patrimoine de famille, les faits tendent à lui faire reconnaître sur ces terres un droit qui, sans détruire celui de propriété de l'État ou des corporations, lui en transporte, en grande partie, les avantages. C'est sous l'empire de ces besoins et de ces instincts économiques que le droit du concessionnaire peu à peu se détermine, se dégage, devient un droit particulier, ayant sa propre nature, et enfin son nom spécial, *emphyteusis*. Ce nom lui-même, dans sa racine grecque, ἀπὸ τοῦ ἐμφυτεύειν, planter, semer, greffer, révèle à lui seul l'origine et la destination du droit.

1503. Quant au genre de convention qui règle entre les parties cet établissement et ses conditions, ce n'est dans le principe, bien déterminément, qu'un louage; mais à mesure que le droit du concessionnaire se sépare de celui du locateur ordinaire, emprunte à la propriété la plus grande partie de ses avantages, et se produit comme un droit réel, on se demande si le contrat d'où dérive son établissement n'est pas une vente. Vente ou louage, il faut que ce soit l'une ou l'autre; car ce n'est qu'à l'un de ces titres qu'il peut être obligatoire : le droit civil n'a pas d'autre contrat qui s'en rapproche, et il n'en invente pas de nouveaux, son catalogue est fermé (3).

1504. Il faut arriver à Zénon, pour trouver le contrat, à son tour, érigé en contrat particulier, revêtu de son action propre, et intercalé néanmoins, au nombre des contrats consensuels du droit civil, entre la vente et le louage : car on ne veut pas le faire déchoir du rang qu'il a occupé sous l'une ou l'autre de ces dénominations.

---

(1) Cod. 5. 71. *De præd. minor*. 13. const. Dioclet. et Maxim. — 11. 61. *De fund. patrim*. 7. const. Gratian. Valentin. et Theod. — Voir pourtant Dig. 27. 9. *Reb. eor. qui sub. tut*. 3. § 4. f. Ulp. N'y a-t-il pas ici interpolation de Tribonien? — (2) Gai. Com. 3. § 145. — (3) Au temps de Gaius, l'opinion prédominante, nous dit ce jurisconsulte, au sujet de l'*ager vectigalis*, était que le contrat de concession de cet ager formait un louage : « Sed magis placuit locationem conductionemque esse. » Com. 3. § 145.

Tout cela n'a pas été imaginé d'un seul jet. C'est le produit du temps et des faits. L'établissement a passé, de l'État et des corporations, aux particuliers, lorsque, d'une part, dans une seule main privée se sont trouvées réunies de vastes étendues de terres (*latifundia*), formant quelquefois une grande partie de toute une province; et que, d'autre part, l'abandon de l'agriculture, les misères du temps et la charge des impôts ont laissé la plus grande partie de ces terres désertes, en friche et sans produit. Enfin des terres, objet premier et principal de son établissement, le droit emphytéotique a passé aux édifices eux-mêmes (1).

1505. L'emphytéose, en fait, ne paraît se produire que sous une double face, comme un composé : 1° d'un droit réel; 2° d'obligations liant une personne à une autre. De là surtout viennent les variétés et les embarras des définitions qui en ont été données. Pour éclaircir la matière, il faut distinguer soigneusement le droit réel du droit personnel.

1506. Comme droit réel, l'emphytéose (*emphyteusis*) est un démembrement particulier du droit de propriété. On nomme emphytéote (*emphyteuta*, quelquefois *emphyteuticarius* (2), jadis *conductor*) celui qui a ce démembrement; et *prædium emphyteuticarium* (jadis *ager vectigalis*), l'immeuble qui en fait l'objet. Le propriétaire qui démembre, qui fractionne ainsi sa propriété, reste néanmoins *dominus*. — Ce démembrement est plus étendu que celui même d'usufruit. L'emphytéote a non-seulement le droit de retirer tous les services et tous les fruits de la chose : mais il est possesseur, les fruits lui sont acquis par leur seule séparation du sol; il peut disposer de la substance de la chose, et y faire toutes les modifications qu'il lui plaît, pourvu qu'il ne la détériore pas. Il peut aliéner son droit et le transférer à autrui, soit de son vivant, soit même pour l'époque de son décès, toutefois sous de certaines réserves et de certaines conditions accordées au propriétaire. Enfin ce droit ne périt pas, comme celui d'usufruit, avec l'emphytéote; mais il passe héréditairement à ses successeurs testamentaires ou *ab intestat*. — Divers événements, cependant, peuvent l'éteindre : tels que le consentement des parties, la perte totale de la chose, l'arrivée du terme lorsqu'il a été constitué à temps, la mort de l'emphytéote sans aucun héritier, ni légitime, ni testamentaire; et surtout certaines causes de déchéance qui peuvent être encourues par lui.

1507. Quant aux obligations qui lient personnellement l'emphytéote, la principale est de payer, aux époques périodiques fixées, une redevance, qui se nomme *pensio* ou *canon*. Ni la stérilité, ni les accidents de force majeure qui ont arrêté ou détruit

(1) Dig. 39. 2. *De damno infect.* 15. § 26. f. Ulp. — Novel. 7. c. 3. § 2; et Novel. 120. c. 1. § 2. Justinian. — (2) Cod. 4. 66. *De jure emphyt.* 1. const. Zeno.

la récolte, ni même la perte partielle de la chose, ne font cesser ni ne diminuent cette obligation : il faut, pour que l'obligation cesse, qu'il y ait eu perte totale. L'obligation étant personnelle à l'emphytéote, s'il veut transmettre son droit à un autre que ses héritiers, de manière que lui se trouve libéré et que le nouvel emphytéote succède à son obligation, il ne peut le faire qu'avec le consentement du propriétaire. L'usage est venu, de la part des propriétaires, de se faire payer ce consentement à la mutation. Usage transformé en droit, et régularisé par Justinien, qui en détermine les formes, et qui fixe au cinquantième du prix de la valeur estimative de l'emphytéose la somme à payer au propriétaire à chaque aliénation (1). Un droit de préférence, autrement dit droit de retrait, droit de préemption, est, en outre, accordé au propriétaire, en cas de vente, s'il préfère prendre l'achat pour son compte.

1508. Le droit d'emphytéose, droit réel, démembrement étendu de la propriété, se conçoit fort bien, par l'esprit d'analyse, indépendamment de toute obligation au payement d'une redevance; et, pour être exact, il faut l'en distinguer soigneusement. On conçoit même qu'en fait le droit pût se produire ainsi : par exemple, s'il avait été établi pour un prix une fois payé, ou par pure libéralité. Mais historiquement, et par suite de sa destination économique, il n'apparaît qu'accompagné de l'obligation à la redevance. Même en cas de concession gratuite, si minime que soit la redevance, le propriétaire en impose une, ne fût-ce qu'en signe de son droit de propriété.

1509. Quant aux faits générateurs qui peuvent donner naissance soit au droit réel d'emphytéose, soit aux obligations qui l'accompagnent : les contrats, les donations, les legs, la prescription se présentent comme possibles en théorie. Ont-ils eu tous une application pratique chez les Romains? C'est une autre question. — Notre texte parle suffisamment du contrat particulier destiné spécialement, usuellement, à cet effet : jadis vente ou louage, selon l'opinion des uns ou des autres, investi par Zénon d'une existence, d'un nom et d'une action exclusivement propres, et toutefois énuméré encore au nombre des contrats consensuels du droit civil. — Mais il faut distinguer encore ici soigneusement entre le droit réel et les obligations, et ne pas perdre de vue ce principe, que la seule destination des contrats est de produire des obligations entre les contractants. Le contrat relatif à l'établissement d'une emphytéose n'a donc pas d'autre effet : il oblige les parties. Pour que le droit réel existe, il faut d'autres moyens d'établissement : à l'époque de Justinien, la quasi-tradition (2).

(1) Ce prix a été nommé, par la suite, *laudemium*, probablement de *laudare*, demander ou donner adhésion, consentir, d'où le mot français *allouer*, et les *lods et ventes* de notre vieux droit. — (2) On peut renouveler ici la contro-

1510. Le sort de l'emphytéose, dans les transformations historiques de la société des gouvernements européens, jusqu'à nos jours, et ses reflets divers dans les institutions féodales et coutumières, sont curieux à étudier.

1511. Le droit de superficie (*jus superficiarium*, ou seulement *superficies*) a une grande analogie avec l'emphytéose, mais il s'en distingue cependant d'une manière sensible. Il peut arriver que le propriétaire d'un terrain concède à une autre personne, mais seulement sur la superficie (*superficies*), c'est-à-dire sur toute construction élevée sur le sol, un droit réel analogue à celui qu'a l'emphytéote sur le fonds emphytéotique. Le superficiaire (*superficiarius*) a ainsi, quant à la superficie, un démembrement étendu de la propriété. Cette concession peut lui être faite gratuitement ou à titre onéreux, à charge par lui de payer un prix une fois soldé, ou bien une redevance périodique (*solarium, pensio*). Il n'existe pas pour de pareilles conventions de contrat particulier, mais seulement les contrats ordinaires. Ce droit et la protection qui lui est accordée sont d'origine prétorienne (1).

IV. Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem; sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.

4. On met également en question, si lorsque Titius est convenu avec un orfévre que celui-ci, avec son or, fera à Titius des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme, et en recevra, par exemple, dix écus d'or, il y a contrat de vente ou de louage. Cassius dit qu'il y a vente de la matière, et louage du travail : mais on a décidé qu'il y a seulement contrat de vente. Que si Titius avait fourni son or, un salaire ayant été convenu pour la façon, il y aurait évidemment louage.

## *Effets du contrat de louage.*

1512. Les effets du contrat consistent dans les obligations réciproques qu'il impose aux parties.

Dans le louage de choses (*locatio-conductio rerum*), l'obligation principale du locateur est de fournir la chose au locataire, pour l'usage ou pour la jouissance convenus, pendant tout le temps fixé. Les jurisconsultes romains ont, pour mieux caractériser cette obligation, une expression analogue à celle employée pour la vente : le locateur doit procurer (*præstare*) au locataire,

---

verse, exposée tom. II, n° 465, note 2, pour l'établissement des droits d'usufruit et de servitude. — Voir, sur toute la doctrine que nous venons d'exposer quant à l'emphytéose : Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.* — Cod. 4. 66. — *De jure emphyteutico.* — Nov. 7. c. 3. *Quomodo emphyteusis ecclesiasticarum rerum contrahi permittitur.* — Nov. 120. *De alienatione et emphyteusi et locatione... rerum sacrarum.*

(1) Dig. 43. 18. *De superficiebus.*

*re uti licere*, ou *re frui licere* (1) : ce qui comprend la nécessité de le garantir contre les troubles et les conséquences de l'éviction. Il est tenu, en outre, de lui rembourser, toujours *ex æquo et bono*, les impenses nécessaires et utiles faites pour la chose (2).

L'obligation principale du locataire (*conductor*) est de payer le prix du louage aux termes fixés (3), et de rendre la chose à la fin du bail (4). Toutefois, il aurait le droit d'obtenir *ex æquo et bono* une diminution proportionnelle du loyer, si quelque cause fortuite et de force majeure avait fait avorter, ou périr avant la perception, une partie considérable des fruits (*plus quam tolerabile est*) (5).

1513. Un point important à remarquer, c'est que dans le droit romain le contrat de louage n'a jamais été considéré comme pouvant être l'origine, la cause d'une translation quelconque de droit réel. La livraison de la chose à titre de louage ne confère au locataire (*conductor*) aucun droit de cette nature. Il n'a pas même la possession de la chose; car il ne détient que pour le compte du propriétaire et comme son instrument. Tous ses droits ne sont que ceux produits par le contrat : c'est-à-dire des droits de créance contre le locateur. On discute aujourd'hui si cette théorie est bien fondée; s'il n'est pas dans la nature du louage, soit d'après des idées vraiment rationnelles, soit du moins d'après les principes de notre Code civil, d'être l'origine d'un droit réel particulier. Mais le droit romain est resté complétement étranger à cette manière de voir.

1514. Dans toute espèce de louage, soit de choses, soit de services, soit de l'exécution d'un ouvrage (*operis*), les contractants sont mutuellement responsables, les uns envers les autres, non-seulement du dol, mais de toute faute. Ils doivent apporter à l'exécution de leurs obligations, non pas les soins qui leur sont habituels dans leurs propres affaires, mais les soins d'un père de famille diligent (6).

Les parties peuvent du reste, dans le louage comme dans la vente, modifier les règles ordinaires du contrat par des pactes accessoires (*lex* ou *leges conductionis*); ou faire intervenir des stipulations.

---

(1) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 9. pr. f. Ulp. Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit : « *Ut ei præstetur, frui quod conduxit licere.* » — *Ibid.* 15. § 1. f. Ulp.; 24. § 4. f. Paul. — (2) *Ibid.* 55. § 1. f. Paul.; 61. pr. f. Scævol. — (3) *Ibid.* 54. pr. f. Paul. — (4) *Ibid.* 48. § 1. f. Marcell. — (5) *Ibid.* 15. §§ 2 à 7. f. Ulp.; 25. § 6. f. Gai. — (6) Dig. 13. 6. *Commod.* 5. § 15. *in fine*. f. Ulp. — 19. 2. *Locat. cond.* 25. § 7. « Culpa autem abest, si omnia facta sunt quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. » f. Gai. — Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 28. const. Dioclet. et Maxim. « In judicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. »

Le paragraphe qui suit se réfère à l'observation de ces clauses ou de ces pactes accessoires, et à la responsabilité des fautes.

**V.** Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualis diligentissimus pater familias suis rebus exhibet : quam si præstiterit, et aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.

**5.** Le locataire doit se conformer en tout à la loi du contrat; et sur les points qui y auraient été omis, ses obligations se règlent par l'équité. Celui qui a donné ou promis un prix pour louage de vêtements, d'argenterie ou d'une bête de somme, doit apporter dans la garde de la chose louée les soins que le père de famille le plus attentif apporte à ses affaires; s'il y a mis ce soin, et que par quelque accident il perde la chose, il n'est pas tenu de sa restitution.

## *Extinction du contrat de louage.*

1515. Le louage des choses finit, régulièrement, à l'expiration du temps convenu (*impleto tempore conductionis*); sauf aux parties à renouveler le bail : ce qu'elles sont censées faire tacitement si le locataire continue, au su du bailleur, à rester en location (*remansit in conductione*); il y a alors ce que nous appelons tacite reconduction : « Taciturnitate utriusque partis reconduxisse videtur, » dit Ulpien : « Tacito consensu eamdem locationem renovare videtur, » porte un rescrit impérial (1).

1516. Si le bailleur aliène la chose louée, sans imposer à l'acquéreur le maintien du bail et sans lui céder ses droits à cet égard, le louage prend fin, en ce sens que ni l'acquéreur d'un côté, ni le locataire de l'autre, ne sont forcés de le maintenir. Ils n'ont pas contracté entre eux, ils ne sont donc pas liés l'un à l'autre. « Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit : nisi ea lege emit (2). » Bien plus, le locateur pouvait reprendre la maison, pour l'habiter lui-même. Sauf, toutefois, au locataire, son recours en dommages-intérêts contre le locateur ou ses héritiers (3). Ce principe s'applique même au cas de legs (4).

1517. Il y a, en outre, quelques causes particulières qui peuvent autoriser l'une ou l'autre des parties à faire résilier le contrat : par exemple, si le locataire est resté deux ans sans payer le prix du loyer (5); s'il mésuse de la chose (*male in re locata versatur*); si le propriétaire a besoin de faire des reconstructions (6); ou si le locataire, de son côté, est empêché de retirer de la chose l'utilité convenue (7).

1518. Ces différentes règles sur la fin ou la résiliation du con-

(1) Dig. 19. 2. *Locat. conduct.* 13. § 11; et 14. f. Ulp. — Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 16. const. Valerian. et Gallian. — (2) Cod. *Ibid.* 9. const. Alex.; 3. const. Anton. — (3) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 25. § 1. f. Gai. — (4) *Ibid.* 32. f. Julian. — (5) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 54. § 1; et 56. f. Paul. — (6) Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 3. const. Anton. (7) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 13. § 7. f. Ulp.; et 27. § 1. f. Alfen. — 24. § 4. f. Paul.; et 60. pr. f. Lab.

trat de louage ne sont applicables au louage de services ou d'ouvrages qu'avec les modifications réclamées par la nature particulière de ces variétés du contrat.

**VI.** Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.

**6.** Si le locataire meurt pendant la durée du bail, son héritier lui succède dans la location.

1519. La mort du locataire (*conductor*), ni celle du bailleur (*locator*), ne mettent fin au contrat (1). Leur héritier continue leur personne et succède à leurs obligations comme à leurs créances; or rien n'empêche, dans la nature du louage, que cette succession ait lieu. — Mais ceci ne s'applique qu'au louage de choses. Pour le louage de services (*operarum*), le contrat finit par la mort de celui qui a loué son travail, car avec lui périt aussi la chose louée. Il en est de même de la mort de l'entrepreneur, dans le louage d'un ouvrage à exécuter (*operis*).

ACTIONS RELATIVES AU CONTRAT DE LOUAGE.

1520. Les actions qui naissent du contrat de louage lui-même sont : l'action *locati* pour le locateur (*locator*), et l'action *conducti* pour le locataire (*conductor*). Actions de bonne foi, qui, par l'étendue que leur donne ce caractère, servent à poursuivre tous les résultats quelconques dérivant équitablement (*ex æquo et bono*) du contrat ou de ses pactes accessoires. — Si les parties avaient garanti quelques-unes de leurs obligations par des stipulations, elles auraient, en outre, les actions naissant de ces stipulations.

1521. Nous trouvons dans l'édit du préteur une action et des interdits particuliers, qui se réfèrent au louage des biens ruraux ou des maisons, et qui ont pour but, non pas la poursuite des droits personnels d'obligation résultant du contrat, mais celle de certains droits réels donnés pour garantie d'exécution de ces obligations.— Pour le louage des biens ruraux : 1° L'action servienne (*Serviana actio*), introduite par le préteur Servius, action réelle (*in rem*), au moyen de laquelle le locateur d'un fonds rural poursuit, soit contre le fermier, soit contre tout tiers détenteur, les objets du fermier spécialement engagés au payement du fermage, pour en obtenir la restitution, si mieux on n'aime le payer (2). Cette action est remarquable, en ce qu'elle est l'origine de l'action hypothécaire. 2° L'interdit salvien (*interdictum Salvianum*) introduit par le préteur Salvianus, au moyen duquel le locateur d'un fonds rural poursuit les mêmes objets, pour s'en faire attribuer la possession (*adipiscendæ possessionis causa*) (3). Cette action et

(1) Cod. 4. 65. *h. tit.* 10. const. Gordian. — Dig. *Ibid.* 19. § 8. f. Ulp.; et 32. f. Julian. — (2) Ci-dessous, liv. 4. tit. 6. § 7. — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 15. § 3. — Gai. Comm. 4. § 147. — Dig. 43. 33; et Cod. 8. 9. *De Salviano interdicto.*

cet interdit sont exclusivement propres au louage des biens ruraux (et il importe de remarquer qu'ils s'appliquent, non pas à toutes les choses apportées par le fermier dans la ferme, mais seulement à celles qui ont été engagées par convention spéciale, ainsi qu'aux produits du fonds. — Quant au louage des maisons, l'action servienne y a été étendue plus tard, sous les qualifications d'action utile, ou d'action quasi-servienne ou hypothécaire (*quasi-Serviana, hypothecaria actio*), et elle a été appliquée à tous les objets apportés dans la maison par le locataire, lesquels objets ont été considérés comme engagés tacitement pour la garantie du loyer (1). — De son côté, le locataire d'une maison, qui a payé ce qu'il doit à titre de loyer et rempli toutes ses obligations, a contre le bailleur un interdit spécial, dont le texte nous est conservé au Digeste; l'interdit *de migrando*, pour empêcher le bailleur de mettre obstacle à ce qu'il sorte avec tous les objets qui lui reviennent (2).

1522. Le contrat formé pour l'établissement d'une emphytéose produit, depuis la constitution de l'empereur Zénon, au profit tant de l'un que de l'autre contractant, une action particulière, *actio emphyteuticaria*, par laquelle ils peuvent poursuivre l'un contre l'autre l'exécution des obligations qu'ils ont contractées. — Une fois que le droit réel d'emphytéose est établi, bien que l'emphytéote ne soit pas propriétaire, on lui accorde, pour la protection de ce droit, mais seulement sous la qualification et sous la forme d'*actions utiles*, les actions attribuées ordinairement au propriétaire (*utilis vindicatio, utilis Publiciana, utilis confessoria, vel negatoria*, etc.); et il peut exercer cette vindication même utile contre le propriétaire. Les Romains, en effet, n'ont jamais discerné nettement le droit réel d'emphytéose, dont l'existence est encore contestée dans notre législation; et ils ne le protégent qu'à l'aide de moyens indirects, par assimilation à la propriété.

La même faveur était accordée au superficiaire (3).

## TITULUS XXV. — TITRE XXV.

### DE SOCIETATE. — DE LA SOCIÉTÉ (4).

1523. Des personnes peuvent convenir qu'il y aura entre elles une certaine communauté de biens. Cette convention, qui, dans l'origine, n'a dû se produire que comme une opération mise à exécution par les parties, ainsi que l'indiquent les expressions *in societatem coire*, a été admise, de bonne heure, par le droit

(1) Dig. 20. 2. *In quibus causis pign.* 4. f. Nerat. — Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 5. const. Alexand. — (2) Dig. 43. 32. *De migrando.* — (3) Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.* — Dig. 6. 1. *De rei vindicat.* 73 à 75. f. Ulp. et Paul. — 6. 2. *De public. in rem act.* 12. § 2. f. Paul. — 8. 1. *De servitut.* 16. f. Julian. 43. 18. — *De superfic.* 1. §§ 3 et 4. f. Ulp. — (4) Gai. Com. 3. §§ 148 et suiv. — Paul. Sent. 2. 16. *Pro socio.* — Dig. 17. 2; et Cod. 4. 37. *Pro socio.*

civil romain, comme obligatoire par le seul consentement des parties. Elle figure, en conséquence, au nombre des contrats consensuels, sous le nom de contrats de société (*societas*). Elle produit entre les associés des obligations réciproques (*ultro citroque*), qui doivent être appréciées selon la bonne foi (*ex æquo et bono*); et qui sont, non pas distinctes en deux rôles différents, comme dans la vente et dans le louage, mais de même nature pour tous. Aussi les contractants portent-ils tous le même nom : associés (*socii*), et le contrat est-il muni d'une seule et même action; l'action *pro socio,* ouverte à chacun d'eux.

1524. La société peut se distinguer en plusieurs espèces, suivant la nature ou l'étendue des biens qui en font l'objet.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negociationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique.

On forme ordinairement une société, soit de tous biens, nommée spécialement par les Grecs κοινοπραξίαν, soit pour une négociation déterminée, par exemple, pour acheter et vendre des esclaves, de l'huile, du vin ou du froment.

Ce texte, extrait des Instituts de Gaius, indique la division principale des sociétés en deux classes : selon qu'elles sont universelles ou particulières. Mais il se présente des subdivisions; et si nous empruntons celles que nous offre Ulpien, nous distinguerons cinq espèces de sociétés :

1525. 1° *Societas universorum bonorum :* Société universelle de tous biens, par laquelle tous les biens des contractants, de quelque manière qu'ils leur soient advenus ou qu'ils leur adviennent, pourvu que ce soit d'une manière licite, sont mis en commun. Cette société produit cet effet bien remarquable, qu'à l'instant même du contrat, sans aucune tradition, la propriété et les droits réels qu'avait chaque associé sont communiqués entre tous « In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt continuo communicantur; quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. » Ce qui ne devait s'appliquer évidemment, dans l'ancien droit, qu'aux choses *nec mancipi*. Mais les créances demeurent propres à chacun des associés, sauf à se céder respectivement leurs actions (1).

1526. 2° *Societas universorum quæ ex quæstu veniunt :* Société universelle de tous gains, ou société universelle d'acquêts (*quæstuum*). Ce qui comprend tous les profits provenant des opérations quelconques des associés, pourvu qu'elles soient licites : « Quæstus enim intelligitur, dit le jurisconsulte Paul, qui ex opera cujusque descendit; » par exemple, d'achats, de ventes, de louages ou d'autres actes; mais non d'hérédités, de legs ou de donations : car il n'y a pas ici l'œuvre de l'associé. Cette société est celle qui est toujours censée contractée lorsque les parties n'ont rien déterminé (2).

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 1. § 1. f. Paul.; 2. f. Gai.; 3. pr. et § 1. f. Paul. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. f. 7 à 13. d'Ulpien et de Paul.

1527. 3° *Societas negotiationis alicujus :* formée pour quelque négociation déterminée, ainsi que l'explique notre texte.

4° *Societas vectigalis :* pour la ferme des revenus publics (*vectigal*) ; ce qui n'est qu'une particularité de la société précédente, rangée à part, parce qu'elle compte quelques règles spéciales.

5° *Societas rei unius :* lorsqu'un seul objet ou quelques objets déterminés sont mis en commun (1). Mais la propriété n'en est pas communiquée par le seul effet du contrat : on reste ici dans les règles ordinaires sur l'acquisition (2).

1528. Du reste, les mises des associés peuvent être égales ou inégales, consister en choses de même nature ou de nature différente : monnaie, objets corporels quelconques, créances, ou même seulement travail ou industrie (3), pourvu qu'il ne s'agisse pas de choses ou d'actes illicites ou immoraux. « Generaliter enim traditur, dit Ulpien, rerum inhonestarum nullam esse societatem (4). »



1529. Les obligations principales des associés les uns envers les autres sont d'apporter la mise, le travail ou l'industrie promis par eux à la société, et de se communiquer entre eux, dans la proportion voulue, le gain ou la perte. — Les trois paragraphes qui suivent exposent comment cette proportion peut être établie.

I. Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duæ partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.

I. Si la convention n'a pas fixé les parts des associés dans le gain et dans la perte, ces parts seront égales. Si elles ont été fixées, on s'en tiendra à cette fixation. Jamais, en effet, on n'a douté de la validité de cette convention, que de deux associés, l'un aura les deux tiers des gains et des pertes, et l'autre un tiers seulement.

1530. *Æquales scilicet partes :* ce qui doit s'entendre indubitablement, en droit romain, d'une égalité absolue : c'est-à-dire d'une part virile; la même pour chaque associé : et non de ce qu'on nomme une égalité proportionnelle, c'est-à-dire d'une part proportionnelle à la mise de chacun : interprétation que quelques commentateurs se sont vainement efforcés d'introduire. En effet, le fragment d'Ulpien qui reproduit la règle énoncée par notre texte explique, sans réplique possible, le sens des mots, *æquas partes ;* et partout, dans une multitude d'autres fragments, nous les retrouvons avec la même acception (5). Ces mots disent, non

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 5. pr.; et 7. f. Ulp. « Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius. » — « Si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt. » — (2) *Ibid.* 58. pr. et § 1. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 5. 1. § 1. f. Ulp. — (4) *Ibid.* 57. f. Ulp. — (5) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 29. pr. f. Ulp.; 6. f. Pomp. 76. f. Procul. — 6. 1. *De rei vindic.* 8. f. Paul. — 34. 5. *De reb.*

pas que les parts seront proportionnelles, ou, si l'on veut, égales à la mise, mais qu'elles seront égales entre elles. D'ailleurs, l'un ou plusieurs des associés peuvent n'avoir apporté que leur travail, que leur industrie : dans ce cas, comment appliquer la règle de l'égalité proportionnelle à défaut de convention? Cela ne serait possible que si la jurisprudence romaine avait, comme notre Code civil (art. 1853), attribué une valeur légalement présumée à la mise industrielle : or, c'est ce qu'elle n'a fait nulle part.

1531. Du reste, les associés peuvent convenir de parts inégales : cela n'a jamais fait de doute, dit notre texte : « Nec enim unquam dubium fuit ; » ce qu'Ulpien, toutefois, ne justifie qu'autant que les uns ont apporté à la société plus que les autres, soit en argent, soit en industrie, ou en toute autre chose (1).

II. De illa sane conventione quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Seium duæ partes damni, lucri tertia; an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, cujus sententia prævaluit, contra sensit; quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum, allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse.

2. Mais il s'est élevé question sur la convention suivante : Titius et Seius étant convenus qu'à Titius reviendraient les deux tiers du bénéfice et le tiers de la perte, à Seius les deux tiers de la perte et le tiers du bénéfice, cette convention devra-t-elle être maintenue? Quintus Mutius la considérait comme contraire à la nature de la société, et, par conséquent, comme ne devant pas être maintenue. Servius Sulpitius, dont l'avis a prévalu, pensait le contraire ; parce que souvent l'industrie de certains associés est tellement précieuse à la société, qu'il est juste de les y admettre en une meilleure condition. En effet, l'on ne doute pas qu'une société ne puisse être formée de telle sorte que l'un y apporte de l'argent sans que l'autre en apporte, et que cependant le gain soit commun entre eux : parce que souvent l'industrie d'un homme équivaut à de l'argent. Aussi, l'opinion contraire à celle de Quintus Mutius a tellement prévalu, qu'il est même constant qu'on peut convenir que l'un des associés aura part au bénéfice sans être tenu de la perte. Ce qui doit s'entendre toutefois en ce sens que, s'il y a eu bénéfice dans quelque affaire et perte dans une autre, compensation faite, le reliquat seul comptera pour bénéfice.

1532. Il résulte de ce paragraphe, et après controverse entre les jurisconsultes romains, que les contractants peuvent convenir de parts autres dans la perte que dans le gain ; ou même convenir que l'un ou quelques-uns d'eux participeront au gain sans parti-

---

*dub.* 7. § 2. f. Gai. — 36. 1. *Ad. S. C. Trebell.* 23. f. Julian. — 39. 2. *De damn. infect.* 15. § 18 ; et 40. § 4. f. Ulp. — 46. 3. *De solut. et liber.* 5. § 2. f. Ulp.

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 29. pr. f. Ulp.

ciper à la perte. — Mais la société dans laquelle un des associés serait exclu de toute part aux bénéfices serait nulle. Ce serait la société du lion avec les autres animaux de la fable : aussi les jurisconsultes romains la nommaient-ils société léonine (*leonina*) (1).

III. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.

3. Il est évident que si la convention n'a exprimé que la part dans un seul intérêt, par exemple dans le gain ou dans la perte seulement, la part dans l'intérêt omis est la même.

1533. Les contractants, au lieu de fixer eux-mêmes les parts, pourraient remettre cette fixation à l'arbitrage d'un tiers ; et la décision de ce tiers serait suivie, à moins qu'elle ne fût manifestement contraire à l'équité (2).

1534. La société est un contrat complexe, qui contient forcément entre les associés une sorte de mandat, d'autorisation tacite de gérer, les uns pour les autres, les biens et les intérêts mis en commun ; et même la nécessité d'un mandat exprès, lorsqu'il s'agit de sortir de la limite des actes de pure administration, ou de confier la gestion à l'un ou à quelques-uns des associés exclusivement. Les principes du droit romain sur le mandat, et, en général, sur tout ce qui concerne la représentation d'une personne par une autre dans les actes juridiques, exercent ici leur influence ; et il faut distinguer soigneusement la conséquence des actes, à l'égard des associés, soit entre eux, soit dans leurs rapports avec les tiers.

1535. 1° A l'égard des associés entre eux : celui qui a géré, en un point quelconque, pour la société, a contre chacun des autres, proportionnellement à la part de chacun, droit de se faire indemniser des dépenses, des obligations, et, en général, de toutes pertes personnelles encourues par lui pour la société (3). De son côté il est tenu envers chacun de ses associés de rendre compte, de communiquer à chacun, selon sa part, le profit obtenu, et de restituer, avec intérêts, ce qu'il aurait employé à son profit ou ce qu'il serait en demeure de rapporter (4). Les uns et les autres sont responsables entre eux non-seulement du dol, mais aussi de leurs fautes : toutefois la faute (*culpa, desidia, negligentia*) ne s'appréciera pas, à leur égard, sur l'exactitude et les soins du père de famille le plus diligent ; mais sur leur diligence personnelle, dans leurs propres affaires, ainsi que nous l'explique le dernier paragraphe de notre titre, emprunté à Gaius (5)

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 29. §§ 1 et 2. f. Ulp.; et 30 f. Paul. — (2) *Ibid.* 6. f. Pomp.; et 76 à 80. f. Procul. et Paul. — (3) *Ibid.* 27, 28 et 38 f. Paul.; 52. §§ 4. 12 et 15. f. Ulp.; 60. § 1. Pomp.; 61 f. Ulp; 65. § 13 et 67. pr. et § 2. f. Paul. — (4) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 21 et 52. f. Ulp.; 74. f. Paul. 60. pr. f. Pomp.; et 22. 1. *De usur*. 1. § 1. f. Papin. Voyez pourtant : Dig. *h. tit.* 67. f. Paul. — (5) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 52. §§ 1. 2 et 3. f. Ulp.; 72. f. Gai.

1536. 2° A l'égard des associés dans leurs rapports avec les tiers, le principe romain que les obligations ne peuvent se contracter, ni activement ni passivement, par l'intermédiaire d'autrui; que la créance et l'obligation n'existent qu'entre ceux-là mêmes qui ont été parties au contrat qui les a fait naître, ce principe reçoit son application dans la société. Ainsi, en règle stricte : d'une part, l'associé qui a contracté avec un étranger a seul contre celui-ci les droits et les actions résultants du contrat, et réciproquement, l'étranger n'a d'action que contre lui. Cette règle ne fléchit, et l'on ne donne action, soit aux associés contre le tiers, soit au tiers contre les associés, que selon les modifications communes apportées par la jurisprudence et par le droit prétorien au droit rigoureux. Par exemple : pour les associés s'ils ne peuvent sauver leurs intérêts qu'en agissant eux-mêmes contre le tiers (1); ou, pour le tiers, si la chose a tourné au profit des associés (2), si celui qui a géré peut être considéré comme leur préposé (*institor* ou *exercitor*) (3), et en général dans tous les cas où des actions utiles ou prétoriennes sont accordées en semblables circonstances.

1537. Du reste, le contrat de société n'existe qu'entre ceux qui l'ont formé. Si donc l'un des associés se substitue ou s'associe un tiers, c'est affaire seulement de lui à ce tiers, à laquelle ils pourvoiront entre eux par les moyens ordinaires, soit du contrat qu'ils auront fait, soit de la cession d'actions; mais qui ne produit pas de lien pour les autres associés : car, comme dit Ulpien, « Socii mei socius, meus socius non est (4). »

1538. Le contrat de société peut recevoir diverses modalités : il peut être formé sans limitation de terme, ou bien jusqu'à un certain temps, ou à partir d'un certain temps, ou même sans condition : « Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus; vel ex tempore, vel sub conditione, » dit Ulpien (5). Mais il n'y a pas de société éternelle : « Nulla societatis in æternum coitio est, » selon les expressions de Paul (6) : en ce sens qu'indépendamment d'une multitude de causes qui peuvent la dissoudre, nul des associés ne peut être forcé d'y rester malgré lui : « In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri; » et que toute clause contraire est non avenue (7). En effet, la nature de ce contrat exige un commun accord, une bonne intelligence

(1) Dig. 14. 3. *De instit. act.* 1. f. Ulp.; et 2. f. Gai. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 82. f. Papin. « Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur : nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. » — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 7. *Quod cum eo contractum est.* — Dig. 14. 1. *De exercitoria actione;* et 14. 3. *De institoria actione.* — (4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 19 à 23. f. Ulp. et Gai. — (5) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 1. pr. f. Ulp. — Justinien, dans la const. 6, au Cod. (4. 37. *Pro socio*), nous présente comme ayant fait doute chez les anciens la question de savoir si une société pourrait être formée sous condition; et il la résout affirmativement. — (6) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 70. f. Paul. — (7) Cod. 3. 37. *Comm. divid.* 5. const. Dioclet. et Maxim. — Dig. 17. 2. *Pro socio.* 14. f. Ulp.

permanente entre les associés; dès que cet accord cesse d'exister, fût-ce chez un seul, il peut se retirer et dissoudre ainsi la société : sauf sa responsabilité s'il le fait frauduleusement ou sans nécessité, à une époque préjudiciable pour les autres.

1539. Les causes de dissolution de la société sont ainsi résumées laconiquement par Ulpien : « Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas (1). » — *Ex personis*, si l'un des associés est mort, ou réputé tel dans la cité par la grande ou la moyenne diminution de tête, ou par toute autre cause. — *Ex rebus* : lorsque la chose ou l'opération qui fait l'objet de la société a péri, n'est plus dans le commerce, ou est terminée. — *Ex voluntate* : lorsque l'un des associés renonce (*renuntiare*) à la société. — *Ex actione* : lorsque, soit par stipulation, soit par l'organisation d'une instance dans le but de dissoudre la société, il s'opère une novation (2). — Ajoutez *ex tempore*, lorsque le temps pour lequel la société a été formée est expiré : en ce sens qu'alors chaque associé est libre de se retirer, sans aucune responsabilité pour sa retraite, car il ne fait qu'user de son droit (3). — Les cinq paragraphes qui suivent développent ces divers modes de dissolution.

IV. Manet autem societas quousque donec in eodem consensu perseveraverint; at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat : veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.

4. La société dure tant que les associés persévèrent dans le même accord; mais dès que l'un d'eux a renoncé à la société, elle est dissoute. Si, toutefois, il a fait cette renonciation de mauvaise foi, pour profiter seul d'un bénéfice qui lui advient : par exemple, si, associé pour tous les biens, il renonce à la société pour avoir seul le produit d'une hérédité qui lui est laissée, il sera contraint de rendre commun ce profit. Mais s'il lui arrive quelque autre gain qu'il n'a pas recherché dans sa renonciation, il en profitera seul. Quant à celui à qui la renonciation a été donnée, tout ce qui lui advient postérieurement est acquis à lui seul.

1540. L'acte par lequel un associé notifie à ses associés qu'il se retire de la société se nomme *renuntiatio* (4). — Le texte nous donne un exemple de la renonciation frauduleuse : c'est-à-dire de celle qui est faite *callide, dolo malo*. Il faut y assimiler la renonciation intempestive, c'est-à-dire celle qui est faite, sans nécessité, soit à un moment où elle est préjudiciable à la société :

(1) Dig. *Ib.* 63. § 10. f. Ulp. Voir aussi 64. f. Callistrat.; 65. f. Paul.; et 4. § 1. f. Modestin. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 65. pr. f. Paul. — Rapprocher Gai. Com. 3. § 180. — (3) *Ibid.* 65. § 6. f. Paul.; combiné avec le § 10. — (4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 4. § 1. f. Modestin.; 18. f. Pompon.; 63. *in fine.* Ulp.

« *eo tempore quo interfuit sociis non dirimi societatem,* » soit avant l'époque convenue, dans le cas où la société a été faite à terme. Paul résume les effets d'une renonciation, tant frauduleuse qu'intempestive, en disant, d'après Cassius, que celui qui fait une telle renonciation libère ses associés envers soi, sans se libérer envers eux : « *Socium a se, non se a socio liberat* (1). »

**V.** Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit. Sed etsi consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit.

**5.** La société se dissout encore par la mort d'un associé, parce que celui qui contracte une société ne se lie qu'à la personne de son choix. Et même s'il y a plus de deux associés, la mort d'un seul dissout la société, bien que plusieurs survivent; à moins que, dans le contrat, l'on ne soit convenu du contraire.

1541. Consentir à former une société avec plusieurs personnes réunies, ce n'est pas consentir à la former avec une ou quelques-unes de ces personnes séparément. En conséquence la retraite ou la mort d'un seul des associés dissout la société. A moins, toutefois, qu'on ne fût convenu du contraire dans le contrat de société (*nisi in coeunda societate aliter convenerit*) : c'est-à-dire à moins qu'on ne fût convenu que la société continuerait entre les associés restants : car alors il y aurait eu manifestation et concours de volonté sur ce point, et il commencerait, à vrai dire, une société nouvelle (2). Mais on ne pourrait valablement convenir par avance que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé : « *nec ab initio pacisci possumus, ut heres* (*etiam*) *succedat societati;* » parce que la nature de la société répugne à ce qu'on se lie par un pareil contrat avec des personnes incertaines (3). Les héritiers succèdent seulement aux droits actifs ou passifs déjà acquis dans la société, au moment de la mort de leur auteur (4).

Il y avait, à cet égard, une double exception en faveur de la société formée pour la ferme des impôts (*societas vectigalis*) : en ce que 1° les héritiers participaient, en profit ou en perte, au résultat des opérations même postérieures au décès de leur auteur; 2° en ce qu'il pouvait être valablement convenu d'avance que la société continuerait avec eux (5).

**VI.** Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.

**6.** Si l'association a été formée pour une seule affaire, la mise à fin de cette affaire finit aussi la société.

**VII.** Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur. Nam

**7.** Il est évident que la société est dissoute encore par la confiscation : bien entendu par celle qui comprend

---

(1) *Ibid.* 65. §§ 3 à 7. — (2) *Ibid.* 65. § 9. f. Paul. — (3) *Ibid.* 59. f. Pomp.; 35. f. Ulp. — (4) *Ibid.* 35 et 63. § 8. f. Ulp. — (5) *Ibid.* 59. f. Pomp.; et 63. § 8. f. Ulp.

cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.

l'universalité des biens d'un associé. Car cet associé, puisqu'il est remplacé par un successeur, est réputé mort.

**VIII.** Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, et ideo propter publica aut privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

**8.** De même, si l'un des associés, succombant à la charge de ses dettes, fait cession de biens, et qu'en conséquence son avoir soit vendu pour satisfaire aux créances publiques ou privées, si les mêmes personnes s'accordent encore à être en association, il commence comme une nouvelle société.

1542. Nous savons que la personne juridique d'un citoyen romain pouvait être détruite en son individu, et transportée à un successeur, non-seulement par suite de sa mort, mais même de son vivant. Tel était l'effet de la grande et de la moyenne diminution de tête, ou de la confiscation universelle des biens (*publicatio*) qui en était la suite (1), et qui donnait au condamné le fisc pour successeur. Tel était aussi jadis l'effet de ces ventes en masse des biens, qui étaient faites à la poursuite et au profit soit du trésor public (*sectio bonorum*), soit des particuliers (*emptio bonorum*); la première contre le condamné criminellement à une peine emportant confiscation (*damnatus et proscriptus*); la seconde, que nous avons déjà décrite (ci-dess., n[os] 1158 et suiv.), contre le débiteur qui avait pris frauduleusement la fuite, ou qui, condamné par sentence, ne s'était pas exécuté dans le délai prescrit, ou même contre celui qui, en vertu de la loi Julia, avait fait cession de ses biens (*cessio bonorum*) et dans quelques autres cas (2). Ces sortes de ventes, de même que la confiscation universelle, opéraient une succession : on pouvait dire que la personne juridique de l'associé avait péri en lui et avait passé à un tiers; en conséquence, la société était dissoute, *ex persona*. Les Instituts de Gaius les énumèrent au nombre des causes de dissolution (3). Mais on remarquera qu'à l'époque de Justinien, où ces ventes du patrimoine en bloc ont cessé, notre texte ne nous parle plus que de la confiscation (*publicatio*), ou de la cession des biens (*si bonis suis cesserit*). Ce n'est plus comme détruisant la personne de l'associé, mais seulement comme lui enlevant toute sa fortune, que la vente des biens dissout la société : « *dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione, et egestate*, » selon Modestinus (4).

1543. Dans ces divers cas, la société peut se renouveler par un nouveau concours de volontés (*si adhuc consentiant*), non-seulement entre les associés restants, mais même entre ceux-ci

(1) Dig. 48. 20. *De bonis damn.* 1. pr. f. Callistrat. — (2) Voir ci-dessus, n[os] 1161 et suiv. — Cicéron. *Verr.* 1. §§ 20 et 23. — Asconius. *Ad Cicer. Verr.* §§ 20 et 23. — Tit.-Liv. 38. 60. — (3) Gai. Com. 3. §§ 153 et 154. — (4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 4. § 1 f. Modest. — 63. § 10. f. Ulp.; 65. §§ 1 et 12. f. Paul.

et l'associé dont tous les biens ont été confisqués ou cédés aux créanciers. C'est une nouvelle société qui se forme, dans laquelle ce dernier est admis pour son travail ou son industrie. Cela est vrai, même pour la moyenne diminution de tête (1), la société, contrat du droit des gens, pouvant se contracter avec des étrangers.

### ACTIONS RELATIVES A LA SOCIÉTÉ.

**1544.** L'action produite par le contrat de société est l'action *pro socio*, action de bonne foi (*bonæ fidei*), qui naît directement et immédiatement de la convention, et qui se donne à chacun des associés contre chacun des autres, pour la poursuite de leurs obligations respectives. Ainsi, l'exécution de toutes les obligations résultant *ex æquo et bono*, tant du contrat que de ses pactes accessoires, se poursuit par l'action *pro socio*. Faire réaliser par chacun de ses associés la mise qu'il s'est obligé d'apporter; se faire indemniser par ses associés, chacun selon sa part, des dépenses qu'on a faites, des dommages qu'on a éprouvés ou des obligations qu'on a contractées pour la société; se faire rendre compte par eux et communiquer, proportionnellement à la part qu'on y a, les profits de toute nature qu'ils ont tirés de la chose commune, avec intérêts, s'il y a lieu; faire réparer le dommage occasionné par leur dol, par leur faute, par leur retraite frauduleuse ou intempestive; enfin même, faire dissoudre la société (2) : tout cela peut faire l'objet de l'action *pro socio*. Il faut remarquer que ce n'est pas au nom d'un être moral, la société, ni contre cet être moral, qu'on agit par cette action; mais bien en son propre nom, et contre chacun de ses associés, individuellement : si ce n'est dans la *societas vectigalis*, qui constitue un être moral (*corpus*) (3).

**1545.** Nous rapporterons ici, en ce qui concerne la prestation des fautes, le paragraphe suivant de notre texte.

**IX.** Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est? Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet.

**9.** L'associé est-il tenu envers son coassocié, par l'action *pro socio*, du dol seulement, comme le dépositaire, ou même de la faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence? Cela a été mis en question. Cependant il a prévalu qu'il sera tenu même de sa faute. Mais cette faute ne doit pas être mesurée sur la diligence la plus exacte. Il suffit, en effet, que l'associé apporte aux choses de la société tout le soin qu'il apporte habituellement à ses propres affaires. Car celui qui s'est donné un associé peu diligent doit s'en prendre à soi-même.

**1546.** L'action *pro socio* a deux caractères particuliers à noter,

(1) Gai. Com. 3. §§ 153 et 154. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 65. pr. f. Paul. — (3) Dig. 1. 3. 4. f. Gaius.

qui nous montrent sous quel point de vue moral les jurisconsultes romains avaient considéré le lien formé entre associés. Partant de ce principe que ce lien établit comme une sorte de fraternité « *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* », ils avaient décidé que les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens: « *in quantum facere potest* (1). » C'est ce qu'on nomme le bénéfice de compétence. Et d'un autre côté, l'édit du préteur avait mis au nombre des personnes notées d'infamie l'associé qui, poursuivi par l'action *pro socio*, aurait été condamné : « *qui pro socio damnatus erit* (2). »

1547. Outre l'action *pro socio*, les associés peuvent avoir encore les uns contre les autres l'action *communi dividundo*. Il importe beaucoup de ne pas confondre entre elles ces deux actions. L'action *pro socio* a pour but d'obtenir de son coassocié l'exécution des obligations que la société lui impose; l'action *communi dividundo* a pour but de faire partager la chose commune. La première concerne toutes les prestations personnelles quelconques auxquelles les associés sont tenus : qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles, de créances (*nomina*) ou de faits; et elle tend à obtenir condamnation. La seconde tend, comme point essentiel et principal, à obtenir l'adjudication, c'est-à-dire l'attribution à chaque associé, par sentence du juge, de la propriété exclusive du lot qui lui est dévolu. Aussi Paul a-t-il raison de dire que l'action *communi dividundo*, malgré l'existence de l'action *pro socio*, était indispensable. « Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem (3). » En résumé : l'action *pro socio* fait exécuter le contrat de société; l'action *communi dividundo* fait cesser la communion, du moins quant à la chose partagée.

1548. Remarquons bien, néanmoins, que l'action *communi dividundo* peut être intentée non-seulement à la fin de la société, pour faire partager la masse des choses communes; mais même durant la société, pour faire partager un seul objet ou quelques objets en particulier, si le contrat est tel qu'un pareil partage doive avoir lieu. — Remarquons encore que dans l'action *communi dividundo*, quoique la mission principale du juge soit de

---

(1) DIG. 17. 2. *Pro socio*. 63. pr. et §§ 1 à 3. fr. Ulp. — 42. 1. *De re judic.* 16. f. Ulp. — (2) DIG. 3. 2. *Qui not. infam.* 1. f. Julian., où se trouve le texte de l'édit; et 6. § 6. f. Ulp. — GAI. Com. 4. § 182; et ci-dessous, liv. 4. tit. 16. § 2. — (3) DIG. 10. 3. *Comm. divid.* 1. f. Paul. Voir aussi DIG. 17. 2. *Pro socio*. 43. f. Ulp. « Pro socio actio... et nominum rationem habet, et adjudicationem non admittit. » Les créances (*nomina*) ne comportent pas adjudication; en conséquence, elles ne peuvent être l'objet d'une action *communi dividundo*. Mais par l'action *pro socio*, les associés obtiendront, les uns des autres, à ce sujet, reddition de compte et cession de leur part d'action.

faire adjudication, il doit, en outre, tenir compte des indemnités que les associés pourraient se devoir, pour une cause quelconque, au sujet de la chose partagée, et qu'il a le pouvoir de prononcer pour cela des condamnations. — Enfin, en conséquence de ces deux observations, posons ce principe : que l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* peuvent exister cumulativement sans se détruire l'une par l'autre; de telle manière, toutefois, que, dans les points qui leur sont communs, nul n'obtienne par l'une de ces deux actions ce qu'il a déjà obtenu par l'autre (1).

1549. Si les actes commis par l'un des associés dans la chose commune étaient de nature à donner naissance à des actions particulières, par exemple, s'ils constituaient des délits, comme un vol, un rapt, un dommage injustement causé, les associés auraient, indépendamment de l'action *pro socio*, les actions résultant de ces faits : par exemple, l'action *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliæ*, et autres : toujours de manière à ne pas obtenir deux fois la même chose (2). Enfin nous en dirons autant des actions naissant de la stipulation, si les associés avaient revêtu de cette forme quelques-uns de leurs engagements (3).

| TITULUS XXVI. | TITRE XXVI. |
|---|---|
| DE MANDATO. | DU MANDAT (4). |

1550. Nous connaissons déjà ce principe saillant du strict droit civil des Romains : que nul ne peut se faire représenter par un autre dans les actes du droit, si ce n'est par les individus soumis à sa puissance, qui n'ont qu'une seule et même personne avec lui. Nous l'avons dit à l'occasion de la tutelle (tom. II, n° 234), de l'acquisition des droits réels (tom. II, n^os 608 et 630), et de la formation des obligations (ci-dess., n° 1336). Chacun peut seul, pour soi-même, agir dans les actes juridiques, contracter, acquérir; et le droit créé, actif ou passif, est constitué seulement en la personne de ceux qui ont agi. Tel est le principe rigoureux, sauf les adoucissements graduels qui y ont été apportés. Ce principe ne doit pas être perdu de vue dans la théorie du mandat; c'est sur lui que repose la notion exacte de ce contrat chez les Romains.

1551. En effet, malgré la rigueur du principe, à part quelques actes éminemment civils, tels que les actions de la loi et tous leurs dérivés, la mancipation et tous ses dérivés, le testament, la crétion ou l'adition d'hérédité, dans lesquels chaque citoyen fut

(1) Sur tous ces points, conférez : DIG. 17. 2. *Pro socio*. 31 et 32. f. Ulp.; 38. § 1. f. Paul.; 43. f. Ulp. — et DIG. 10. 3. *Com. divid*. 1. f. Paul.; 2. f. Gai., et 8. f. Ulp. — (2) DIG. 17. 2. *Pro socio*. 45 à 51. f. Ulp. et Paul. — (3) *Ibid*. 41 et 42. f. Ulp. — (4) GAI. Comm. 3. §§ 155 et suiv. — Paul. Sent. 2. 15. *De mandatis*. — DIG. 17. 1; et COD. 4. 35. *Mandati vel contra*. — DIG. 3. 3. *De procuratoribus et defensoribus*. — DIG. 46. 1; et COD. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*.

toujours obligé d'agir lui-même, nous savons qu'il fut admis que les autres actes, contrats ou opérations, surtout ceux du droit des gens, pourraient être faits par des tiers, pour le compte d'autrui. Non pas que ce tiers représente la personne pour le compte de laquelle il agit. c'est en son propre nom qu'il traite; c'est lui personnellement qui s'engage et envers qui les contractants s'engagent; c'est à lui que le droit, actif ou passif, est acquis. Mais à l'aide d'actions de compte réciproques, d'actions utiles et de divers autres moyens indirects, le résultat de l'opération doit être reporté, en définitive, à celui pour le compte de qui il a agi (voir t. II, n° 234). Il ne se passe pas autre chose en suite du mandat. Que deux personnes soient convenues que l'une d'elles agira ainsi en son propre nom, gratuitement, pour le compte de l'autre, dans une ou dans quelques affaires déterminées, ou même dans toutes les affaires en général : cette convention est ce que les Romains appellent *mandatum;* celui qui se charge d'agir pour le compte d'autrui se nomme *procurator* (de *curare pro*), et quelquefois *mandatarius :* en français, mandataire ou procureur; celui qui l'en charge, *mandans,* et quelquefois *mandator :* en français, mandant. Il résulte de tout ce qui précède que le mandataire n'est pas le représentant du mandant; mais bien un agent opérant en son propre nom pour le compte du mandant. C'est, à proprement parler, ce que notre droit commercial appelle un commissionnaire.

1552. Cependant, l'idée de faire représenter véritablement une personne par un tiers n'est pas restée entièrement étrangère au droit romain. — Ainsi le droit civil, sous le système de procédure formulaire, pour obvier aux embarras de la règle qui ne permettait pas de plaider par l'intermédiaire d'autrui, a imaginé le *cognitor,* véritable représentant, qui était constitué solennellement par les plaideurs devant le magistrat, et qui, dès lors, n'était plus censé faire, pour le procès, qu'une seule personne avec celui qui l'avait constitué (1). — Ainsi l'édit du préteur, en matière ordinairement commerciale ou maritime, et lorsqu'il s'agit d'une série d'opérations auxquelles une personne a été préposée par une autre, a considéré ce préposé (*institor,* ou *magister navis,* dans le cas spécial de la conduite d'un navire), comme représentant jusqu'à un certain point le préposant (*dominus,* le maître de l'opération; ou *exercitor,* l'armateur) : en ce sens que le préposant est lié personnellement envers les tiers par les opérations de son préposé; et que ces tiers ont contre lui, sous une qualification prétorienne (*actio institoria,* ou *exercitoria*), les actions résultant des opérations du préposé, comme s'il les avait faites lui-même, sans, toutefois, qu'il ait, à son tour, contre les tiers, en règle générale, les actions correspondantes. Ainsi la représentation n'est

(1) GAI. Comm. 4. §§ 82 et suiv.; — et ci-dessous, liv. 4. tit. 10.

qu'imparfaite : ou mieux encore, il y a remède prétorien plutôt que représentation (1). — Enfin, nous avons vu que la jurisprudence, en considération de l'utilité (*tam ratione utilitatis quam jurisprudentia*), a admis qu'on pouvait être véritablement représenté par un tiers quant à la possession. Nous avons déjà traité ce dernier point (t. II, n° 632); nous traiterons plus loin et en détail ceux du préposé (*institor*) et du *cognitor* (ci-dessous, liv. 4, tit. 7 et 10). Nous n'avons à nous occuper ici que du mandat. Et même en ce cas, nous allons voir la jurisprudence appliquer encore, par extension, les modifications prétoriennes introduites par l'édit pour le cas de l'*institor;* et détruire ainsi, en quelque sorte, la réalité de l'ancien principe. (App. 9, liv. 3.)

1553. Le mandat puise son origine dans la religion et les bons offices de l'amitié : « *Originem ex officio atque amicitia trahit,* » dit le jurisconsulte Paul. — Dans sa main, recevant la main de l'ami à qui l'on se confiait, la foi était donnée; on lui remettait le soin de ses intérêts, et il acceptait cette charge.

TYND. « Hæc per dexteram tuam, te dextera retinens manu,
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi,
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu patronus, tu pater :
Tibi *commendo* spes opesque meas.
PH. . . . . . . . . . . . . *Mandavisti* satis.
Satin' habes, mandata quæ sunt, facta si refero?
TYND. . . . . . . . . . . . . . . . . . Satis. »

Ainsi nous est représenté le mandat, accompagné d'une sorte de forme stipulatoire, dans le vieux poëte comique des Romains (2); et son nom seul *man-datum* révèle ce symbole primitif, de la main donnée et reçue en signe de foi.

Passant de cette foi religieuse de l'amitié dans le droit civil, il y est reçu au nombre des conventions du droit des gens, qui emportent obligation, *ex æquo et bono,* par le seul effet du consentement, même tacite. Mais le cachet de son origine lui reste en trois points bien marqués : la nécessité essentielle qu'il soit gratuit (3); l'obligation pour le mandataire d'apporter en sa mission les soins du père de famille le plus diligent, plus de soin qu'il n'en apporte même à ses propres affaires (4);

(1) Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 7. — (2) PLAUTE : *Captiv.* : acte 2, scène 3, vers 82 et suiv. — TÉRENCE aussi nous reproduit la même donnée (*Heautontimor.*, acte 3, scène 1, vers 84 et suiv.) :

ME. « Cedo *dextram* : porro te oro idem ut facias, Chreme.
CHR. » Paratus sum. »

— (3) DIG. 17. 1. *Mand. v. cont.* 1. § 4. f. Paul.; — et ci-dessous, § 13, n° 1572. — (4) En conséquence, il est responsable de toute espèce de faute. COD. 4. 35. *Mand. v. cont.* 11 et 13. const. Dioclet. et Maxim. 21. const. Constantin. Cependant cette étendue de la responsabilité du mandataire est sujette à controverse. Voir ci-dessous, n° 1653. — L'obligation est réciproque de la part du mandant, et ici il n'y a pas de controverse : par exemple s'il a donné mandat d'acheter tel esclave déterminé qui a le vice du vol, et que cet esclave

enfin, l'infamie qui le note, s'il est condamné par l'action de mandat (1).

1554. Le contrat de mandat, dès le principe et par le seul effet de la convention, ne produit d'obligation que d'un seul côté : obligation pour le mandataire de remplir avec le soin le plus exact la mission dont il s'est chargé, de rendre compte, et de restituer au mandant tous les objets ou tous les droits acquis par suite de l'opération (2). — Mais par la survenance de certains faits postérieurs (*ex-post-facto*), le mandant peut, de son côté, se trouver obligé envers le mandataire; car il sera tenu de lui rembourser avec intérêts toutes les dépenses faites, de le libérer de toutes les obligations contractées pour l'exécution du mandat; et enfin de l'indemniser de tout préjudice qui aurait sa cause, non-seulement dans le dol, mais encore dans toute espèce de faute du mandant (3). Dès que quelques-uns de ces événements surviendront, l'obligation du mandant, qui a sa source dans le contrat, prendra naissance. Ainsi, le mandat est au nombre de ces contrats qu'on nomme, dans la doctrine moderne, synallagmatiques imparfaits.

1555. A l'égard des opérations faites avec les tiers, il faut, en droit strict, appliquer le principe que le mandataire contracte en son propre nom. C'est donc lui qui est obligé envers les tiers, et c'est envers lui que les tiers sont obligés. Seulement, dans leurs rapports réciproques, le mandataire pourra agir contre le mandant pour se faire libérer ou indemniser de ces obligations par lui contractées (4); le mandant pourra agir contre le mandataire pour se faire céder les actions contre les tiers ou remettre ce qu'elles auront rapporté (5). Mais la jurisprudence ne s'en est pas tenue à ce droit rigoureux. A mesure qu'elle est devenue moins matérielle et plus rationaliste, l'idée que le mandant doit être censé avoir agi par l'intermédiaire de son mandataire s'est fait jour. Étendant une disposition déjà introduite par l'édit, la jurisprudence, à l'exemple de l'action institoire (*ad exemplum institoriæ*), a accordé aux tiers, contre le mandant, les actions utiles résultant des opérations faites par eux avec le mandataire : par exemple la *condictio utilis*, s'il s'agit de *mutuum* ou de stipulation; l'*actio utilis empti* ou *venditi*, s'il s'agit d'achat ou de vente (6). — D'un autre côté, dépassant même les règles de

vole le mandataire, le mandant en sera responsable, bien qu'il ait ignoré ce vice, parce que s'il avait apporté les soins et la prudence du père de famille le plus diligent, il aurait connu ce vice à l'avance. (DIG. 47. 2. *De furtis*. 61. § 5. f. African.)

(1) DIG. 3. 2. *De his qui notant infam*. 1. f. Julian.; et 6. §§ 5 et 6. f. Ulp. — (2) DIG. 17. 1. *Mand. v. cont*. 5. pr. et § 1. f. Paul.; 27. § 2. f. Gai., et 8. § 3. f. Ulp. — 20. f. Paul. « Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. » — 10. §§ 3 et 8; et 12. § 10. f. Ulp. — (3) DIG. *Ibid*. 27. § 4. f. Gai.; 10. § 9, et 12. §§ 7 à 9. f. Ulp. — 45. §§ 1 à 5. f. Paul. — (4) *Ibid*. 45. pr., et §§ 1 à 5. f. Paul. — (5) *Ibid*. 10. § 6, et 43. f. Ulp. — 59. pr. f. Paul. — (6) DIG. 3. 5. *De negot. gest*. 31. pr. f. Papin. — 14. 3.

l'action institoire, elle a accordé au mandant lui-même, contre les tiers et sous la qualification d'*utiles*, les actions nées de ces opérations. Cela est indubitable pour le cas de mandat spécial (1); quant au mandat général, il semble que l'action utile ait été donnée plus difficilement au mandant, et seulement par secours extraordinaire, lorsque, sans cela, il serait en danger de perdre (2). — Enfin, nous voyons même que les tiers se trouvant ainsi placés entre deux actions : l'action directe du mandataire, et l'action utile du mandant, la jurisprudence donne la préférence à cette dernière; et qu'une exception repoussera le mandataire qui, contre l'intention du maître, intenterait lui-même l'action (3). — Ajoutez à tout cela que, par suite des principes admis en ce qui concerne la possession, la propriété est acquise ou aliénée pour le mandant lui-même, par l'effet de la tradition faite en son nom à son procureur (t. II, n° 632) ou par son procureur (4). C'est-à-dire qu'en somme, le droit romain, par les innovations de l'édit et de la jurisprudence, s'est de plus en plus rapproché du système en vigueur aujourd'hui sur la représentation du mandant par le mandataire, et que l'ancien droit n'a plus guère conservé qu'une existence purement nominale.

1556. Du reste, il faut bien distinguer d'un mandataire, le *nuntius*, qui n'est qu'un messager, un porte-paroles, un instrument dont on se sert pour porter l'expression de son consentement. Dans tous les actes qui peuvent se faire par le seul consentement, par conséquent dans tous les contrats consensuels, rien n'empêche d'envoyer ce consentement, soit par lettre, soit par messager, et c'est comme si on l'avait donné soi-même (tom. II, n° 99; ci-dess., p. 266, au texte; et Dig. 44. 7. *De oblig*. 2. § 2, fr. Gai.).

1557. Le mandat peut être distingué, par l'étendue des objets qu'il embrasse, en mandat général (*mandatum generale*), ou mandat spécial (*speciale mandatum*). « Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, » dit Ulpien (5). Notre texte, d'après Gaius, nous donne une autre division, tirée de l'intérêt dans lequel le mandat est intervenu (6).

---

*De instit. act*. 16. f. Paul.; et 19. pr. f. Papin. — 17. 1. *Mand*. 10. § 5. fragment d'Ulpien, rapportant une réponse de Papinien. — Cod. 4. 25. *De instit. et exercit*. 5. const. Dioclet. et Maxim. — Tous ces textes disent toujours, en parlant de l'action qu'ils accordent : *utilis ad exemplum institoriæ*, ou même *utilis quasi-institoria*.

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt. et vend*. 13. § 25. f. Ulp. — 3. 3. *De procurat*. 27. § 1, et 28. f. Ulp.; 68. f. Papin. — (2) Dig. 14. 1. *De exercit*. 1. § 18. f. Ulp. : « extra ordinem juvare. » — 14. 3. *De instit*. 1 et 2. f. Ulp. : « si modo aliter rem suam servare non potest. » — 46. 5. *De stipul. præt*. 5. f. Paul. : « si rem amissurus sit. » — (3) Dig. 3. 3. *De procurat*. 28. f. Ulp. — (4) Dig. 17. 1. *Mand*. 5. §§ 3 et 4. f. Paul. — (5) Dig. 3. 3. *De procuratoribus*. 1. § 1. f. Ulp.; 58 et 60. f. Paul; 63. f. Modestin. — (6) Dig. 17. 1. *Mand*. 2. f. Gai.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Le mandat se contracte de cinq manières : selon que quelqu'un te donne mandat dans son intérêt seulement, ou dans le sien et dans le tien, ou dans l'intérêt d'autrui seulement, ou dans le sien et dans celui d'autrui, ou dans le tien et dans celui d'autrui. Le mandat dans ton seul intérêt est inutile, et ne produit par conséquent entre vous ni obligation ni action de mandat.

1558. Le mandat dans l'intérêt unique du mandataire n'est qu'un conseil. Cette espèce reviendra sous le § 6.

I. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum : veluti, si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

1. Il y a mandat dans le seul intérêt du mandant : par exemple, si quelqu'un te donne mandat de gérer ses affaires, de lui acheter un fonds, de te rendre *sponsor* pour lui.

1559. Le mandat dans le seul intérêt du mandant est le cas ordinaire, le cas le plus fréquent. — Remarquez, dans le texte, la mention du *sponsor*, empruntée aux anciens et conservée ici, quoique le véritable *sponsor* n'existe plus sous Justinien.

II. Tua et mandantis : veluti, si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur; aut si, *volente te agere cum eo ex fidejussoria causa*, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis : vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.

2. Dans ton intérêt et dans celui du mandant : par exemple, s'il te donne mandat de prêter de l'argent à intérêt à quelqu'un qui l'emprunte pour les affaires du mandant; ou si, *lorsque tu veux l'actionner pour cause de fidéjussion*, il te mande soit d'agir à ses risques et périls contre le débiteur principal; soit de stipuler, à ses risques et périls, ce qu'il te doit, d'une personne qu'il te délègue.

1560. *Volente te agere cum eo ex fidejussoria causa.* Ceci, emprunté probablement encore aux textes de Gaius, ne peut avoir eu d'utilité que dans le droit antérieur à Justinien : à l'époque où le créancier était libre d'attaquer soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur, mais où, par son action contre l'un, l'autre se trouvait libéré (voir ci-dess, n° 1406). Dans ces circonstances, on suppose qu'ayant fixé son choix sur le fidéjusseur, il se dispose à l'attaquer; mais celui-ci lui donne mandat de poursuivre, à ses risques et périls, le débiteur principal. Par l'effet de cette poursuite, le fidéjusseur se trouvera bien libéré en qualité de fidéjusseur; mais il sera tenu comme mandant. Depuis les innovations de Justinien, qui datent de 531, et qui sont par conséquent antérieures aux Instituts, ceci n'avait plus d'intérêt (ci-dess., *ib.*).

1561. *Ab eo quem tibi deleget :* Te devant cent sous d'or, je te délègue Titius qui m'en doit autant, en te donnant mandat de stipuler de lui cette somme. Cette stipulation faite par toi éteint à la fois, par novation, et la dette de Titius envers moi, et la mienne envers toi; mais je reste responsable comme mandant, et

tu auras ainsi, pour te faire payer, l'action de la stipulation contre Titius, et l'action de mandat contre moi, si Titius ne te paye pas (1).

**III.** Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

**3.** Il y a mandat intervenu dans l'intérêt d'autrui : par exemple, si quelqu'un te mande de gérer les affaires de Titius, d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour Titius.

1562. Ce genre de mandat peut se présenter, par exemple, si l'un de mes amis étant absent et ses affaires en souffrance, je m'adresse à toi qui es sur les lieux, et je prends sur moi de te charger de quelque gestion pour lui. Point d'obligation dès l'abord, parce que, l'affaire n'étant pas la mienne, je suis sans intérêt de droit (2). En conséquence, par le seul effet de la convention, je n'aurais aucune action contre toi pour te forcer à exécuter le mandat. Mais dès que tu as opéré, les actions naissent : tu as action de mandat contre moi, pour te faire indemniser des suites de l'affaire; et moi, j'ai action contre toi pour te faire rendre compte et exécuter tes obligations, parce que j'en suis responsable envers le tiers dans les affaires duquel je me suis immiscé (3).

**IV.** Sua et aliena, veluti, si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo Titio sponderes.

**4.** Dans l'intérêt du mandant et dans celui d'autrui : par exemple, s'il te mande de gérer des affaires communes entre lui et Titius, d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour lui et Titius.

**V.** Tua et aliena, veluti, si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

**5.** Dans ton intérêt et dans celui d'autrui : par exemple, s'il te mande de prêter à intérêts à Titius. Si c'est de prêter sans intérêts, le mandat n'intervient qu'en faveur d'autrui.

**VI.** Tua gratia intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces quam fœneres; vel ex diverso, ut fœneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non ta-

**6.** Il y a mandat dans ton seul intérêt : par exemple, s'il te mande de placer ton argent en achat de biens fonciers, plutôt que d'en prêter à intérêts, ou réciproquement. Ce mandat est plutôt un conseil qu'un mandat, et, par conséquent, il n'est pas obligatoire; car nul ne s'oblige par un conseil, fût-il préjudiciable, puisque chacun reste libre d'apprécier, à part soi, le mérite des conseils qui lui sont donnés. Si donc quelqu'un, sachant que tu as chez toi de l'argent sans emploi, t'a engagé à le prêter ou à acheter quelque chose, bien que tu n'aies trouvé aucun avantage dans le prêt ou dans l'achat, tu n'as

(1) Dig. 17. 1. *Mandat.* 22. § 2; 26. § 2; et 45. § 7. f. Paul. — (2) Un texte de Papinien se contente d'un intérêt d'affection (Dig. 17. 1. 54. pr.); mais c'est par faveur pour l'affranchissement. — (3) Dig. 17. 1. *Mandat.* 8. § 6. f. Ulp.; et 3. 5. *De negot. gest.* 28. f. Javolen.

men tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

pas contre lui l'action de mandat. A un tel point, qu'on a mis en question si celui-là serait tenu de l'action de mandat qui t'aurait donné mandat de prêter ton argent à Titius. Mais on a admis l'avis de Sabinus, savoir : que ce mandat est obligatoire, parce que tu n'aurais pas prêté à Titius sans mandat.

1563. Il faut remarquer, sous ces deux derniers paragraphes, que le mandat peut intervenir sous un aspect qui présente de grandes analogies avec la fidéjussion ; c'est-à-dire de telle sorte que le mandant (*mandator*) soit responsable, à peu près comme le fidéjusseur, de la dette d'autrui.—Tel est le cas du § 2, où, pour me libérer de ce que je vous dois, je vous donne mandat de stipuler la même somme de mon débiteur que je vous délègue (ci-dessus, n° 1558); tel est encore celui du § 5, où, m'intéressant à une personne qui a besoin d'argent, je vous prie et vous donne mandat de lui en prêter, soit à intérêts, soit sans intérêts : comme dans cet exemple donné par Marcellus : « *Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo* (1); » tel est enfin celui du § 6, où, même sans avoir en vue l'intérêt de l'emprunteur, et seulement en me préoccupant du vôtre, en cherchant à y pourvoir, je vous mande de prêter votre argent à Titius. Ce dernier cas se confond presque avec celui d'un simple conseil : aussi voyons-nous, par le texte, qu'il avait soulevé des doutes parmi les jurisconsultes romains. Il est certain que si je vous ai mandé seulement de placer votre argent en prêts à intérêts, sans désignation de personne, il n'y a véritablement qu'un avis, qui ne m'engage à aucune responsabilité. Il en sera de même si, s'agissant même d'un emprunteur désigné, je n'ai fait que vous donner mes informations, mon avis sur sa solvabilité (2); mais si je me suis assez avancé dans mon conseil, dans mon exhortation, pour y donner le caractère de mandat, l'opinion professée par Sabinus a prévalu que je serais tenu à ce titre. — La même responsabilité se rencontrerait, si je vous avais prié, donné mandat d'accorder un délai à votre débiteur, prenant sur moi le péril de la dette : « *Si, ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum* (3). » — Dans ces divers cas, qui doivent être appréciés, de bonne foi, d'après

(1) Dig. 46. 1. *De fidej. et mandat.* 24. f. Marcell. — Dig. 17. 1. *Mand.* 6. § 4. f. Ulp. « Si tibi mandavero, quod mea non intereat, veluti ut *pro Seio intervenias*, vel *ut Titio credas* : erit mihi tecum mandati actio..., et ego tibi sum obligatus. » — (2) Ainsi le dit Ulpien du proxénète, ou courtier : « Qui monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen. » (Dig. 50. 14. *De proxen.*, 2. f. Ulp.) — Ainsi le dit encore Ulpien, d'après Pomponius, de celui « Qui adfirmaverat idoneum esse eum cui mutua pecunia dabatur : » à moins qu'il ne l'eût fait évidemment par dol. (Dig. 4. 3. *De dolo.* 7. § 10. f. Ulp.) — (3) Dig. 17. 1. *Mand.* 12. § 14. f. Ulp.

l'intention probable, je suis, en ma qualité de mandant, et par l'action du contrat de mandat, tenu envers le créancier comme caution de la créance.

1564. Le mandat, lorsqu'il se produit ainsi, n'est qu'une espèce particulière d'intercession (voir ci-dessus, n° 1413); les commentateurs, surtout en Allemagne, lui donnent l'épithète non romaine de mandat *qualifié*. Les textes du droit appliquent au mandant, plus spécialement dans ce cas particulier, la dénomination de *mandator*. — Ce mandat peut intercéder, dit le jurisconsulte Julianus, pour tous les contrats auxquels peut accéder la fidéjussion : « Neque enim multum referre (puto) præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet (1). » Aussi trouvons-nous, au Digeste, dans le Code, et jusque dans les Novelles, ces deux intercessions toujours rapprochées et traitées ensemble, sous ce titre : *De fidejussoribus et mandatoribus* (2). (App. 5, liv. 3.)

1565. Le mandat qui constitue une intercession reçoit l'application des principales règles communes à ce genre de contrats accessoires. Ainsi, les prohibitions du S. C. Velléien, à l'égard des femmes (3), les bénéfices de discussion (4), de division, s'il y a plusieurs mandants (5), et de cession d'actions, s'appliquent aux *mandatores* comme aux *fidejussores*. Bien que quelques-uns de ces bénéfices aient été introduits par des lois ou des constitutions spéciales aux fidéjussions, l'équité les a fait étendre au cas de mandat.

1566. Toutefois, quelques particularités sont à remarquer, en ce qui concerne le *mandator*. Elles tiennent, d'une part, à ce que c'est son conseil, son impulsion, c'est la mission qu'il a donnée, qui a fait faire le contrat; de telle sorte que s'il veut user contre le créancier, son mandataire, des divers moyens de défense qui peuvent être ouverts par extraordinaire au débiteur dont il répond, le préteur sera plus difficile à lui en accorder le bénéfice (6). D'autre part, il faut bien remarquer que l'engagement du *mandator* ne vient pas, comme celui du fidéjusseur, s'adjoindre en qualité de dépendance, de simple accessoire, à une obligation principale dont il ne serait que la caution. Cet engagement provient d'un contrat distinct et indépendant, qui a son existence à part : le contrat de mandat. De telle sorte qu'il y a deux classes d'obligations principales : d'un côté, celles produites par le

(1) Dig. 17. 1. *Mandat*. 32. f. Julian. — (2) Dig. 46. 1. — Cod. 8. 41. — Nov. 4. cap. 1. — (3) Dig. 16. 1. *Ad S. C. Vellej*. 6. f. Ulp.; et 7. f. Papin. — (4) Novel. 4. c. 1. — (5) Dig. 27. 7. *De fidej. tutor*. 7. f. Papin. — Cod. 4. 18. *De pecun. constit*. 3. const. Justinian. — (6) Ainsi nous le dit Ulpien, à l'égard de la restitution *in integrum*, pour cause de minorité du débiteur, accordée par le préteur à l'extraordinaire et selon les circonstances (*causa cognita*). On sera beaucoup plus difficile pour étendre cette restitution au *mandator*, que pour en faire profiter le fidéjusseur : « Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire : hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. »

mandat; et de l'autre, celles qui résultent de l'opération faite par le mandataire avec le tiers.

1567. De là trois conséquences, fondées toutes sur le même principe : — la première, c'est qu'à la différence de ce qui existait anciennement pour les *sponsores, fidepromissores* ou *fidejussores*, l'action intentée par le mandataire contre le *mandator* ne libérait pas le débiteur, ni réciproquement. Nous savons que Justinien a assimilé, sur ce point, aux *mandatores*, tant les fidéjusseurs que les *co-rei* eux-mêmes (1). — La seconde, c'est que le *mandator*, en payant lui-même, ne libère pas le débiteur dont il répond : « *Propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine,* » dit Papinien (2). — Enfin, la troisième, c'est qu'il peut, en conséquence, même après avoir payé son mandataire, se faire céder les actions de ce dernier contre le débiteur, puisque ces actions continuent toujours de subsister, tandis qu'il ne serait plus possible au fidéjusseur, après le payement, de se faire faire cette cession (3).

**VII.** Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti, si Titius de furto aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

**7.** Le mandat n'est pas non plus obligatoire lorsqu'il est contraire aux bonnes mœurs : par exemple, si Titius te mande de commettre un vol, un dommage, ou une injure. En effet, bien que tu aies subi la peine de ce fait, tu n'as aucune action en recours contre Titius.

1568. Il n'y a obligation ni d'une part ni de l'autre. Le mandant n'a aucun droit pour contraindre à l'exécution du mandat, cela va sans dire; ni même le mandataire pour se faire indemniser de ses conséquences, s'il l'a rempli.

**VIII.** Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem : adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant; quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem; quoniam qui mandat ut

**8.** Le mandataire ne doit point excéder les bornes du mandat : par exemple, si quelqu'un t'a mandé d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour Titius jusqu'à concurrence de cent écus d'or, tu ne dois excéder cette somme ni dans l'achat ni dans la fidéjussion, sinon tu n'auras pas l'action de mandat; à tel point, que Sabinus et Cassius pensaient que, même si tu veux te borner à agir pour cent écus d'or, tu le feras inutilement. Mais les jurisconsultes de l'école opposée pensent que tu agiras valablement jusqu'à concurrence de cent écus d'or, opinion sans contredit plus favorable. Que si tu achètes à

(1) Dig. 46. 1. *De fidej. et mand.* 13. f. Julian.; et 71. f. Paul. — Cod. 8. 41. *De fidej. et mandat.* 28. const. Justinian. — Voir aussi ci-dessus, nos 1272 et 1406. — (2) Dig. 17. 1. *Mand.* 28. f. Papin. — (3) Dig. 46. 3. *De solut.* 76. f. Modestin. — Et ci-dessus, n° 1408.

sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur.

moindre prix, nul doute que tu n'aies contre le mandant l'action de mandat, car dans le mandat d'acheter un fonds pour cent écus d'or, il est bien entendu qu'on l'achètera à moins, s'il est possible.

1569. Il faut distinguer, dans ce paragraphe, la règle générale, de quelques espèces particulières d'application.

La règle générale est celle qui est exprimée en tête du paragraphe . le mandataire ne doit pas sortir des limites du mandat. Hors de ces limites, il n'a plus de pouvoir. « *Nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (1). » En conséquence, il n'a aucune action contre le mandant pour se faire indemniser des suites de ses actes; mais celui-ci a contre lui l'action née immédiatement du contrat, jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il avait à ce que le mandat fût exécuté, s'il était possible : « *Quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit* (2). »

1570. Le texte suppose que le mandataire, tout en s'en tenant à l'objet même de son mandat, a dépassé, pour obtenir le résultat désiré, la limite des obligations ou des sacrifices indiqués par le mandant. L'opinion de Sabinus, défavorable au mandataire, était fondée sur ce que le mandataire eût pu, en limitant sa perte, du moins dans les opérations à titre onéreux, spéculer aux dépens du mandant (3). Le mandataire, en effet, eût pu agir, dans les limites du mandat, contre le mandant, qui, lui, n'aurait eu aucune action contre l'autre partie. On peut cependant, suivant les circonstances, admettre l'opinion plus favorable (*benignior*) des Proculéiens, qui permet au mandataire d'éviter une perte plus considérable, et peut-être une condamnation infamante par l'action *mandati* (4). — Par suite de cette opinion qui a prévalu, si le mandataire ayant reçu mandat de s'obliger à terme s'oblige purement et simplement, et paye, il n'aura d'action de mandat qu'à l'expiration du terme (5). De même, s'il vend un fonds pour un prix inférieur à celui qui lui a été fixé, il devra indemniser le mandant. Sinon le mandant vendiquera son fonds sans pouvoir être repoussé par l'exception *rei venditæ* (6). (A. 9, l. 3.)

1571. Le texte, dans les trois paragraphes qui suivent, traite des causes qui peuvent faire évanouir le mandat ou y mettre fin. Les principales de ces causes, ici comme pour la société, sont non pas seulement le consentement des deux contractants, mais la volonté seule de l'un des deux : révocation (*revocatio*) de la part du mandant, renonciation (*renuntiatio*) de la part du mandataire; comme aussi la mort de l'un ou de l'autre

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. f. Paul. — (2) Gai. Com. 3. § 161. — Dig. 17. 1. *Mand.* 41. f. Gai. — (3) Gai. *Ib.* — (4) Dig. 17. 1. *Mand.* 3. f. Paul.; 4. f. Gai.; 5. f. Paul.; 33. f. Julian. — 45. 1. *Verb. oblig.* 1. § 4. f. Ulp. — (5) 17. 1. *Mand.* 22. pr. et § 1. f. Paul. — (6) *Ibid.* 5. §§ 3 et 4. f. Paul.

**IX.** Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit.

**9.** Le mandat, bien que valablement contracté, s'évanouit si, avant d'avoir reçu aucune exécution, il est révoqué.

1572. Remarquez qu'il s'agit, dans ce paragraphe, de faire évanouir le mandat de telle manière qu'il soit comme s'il n'avait jamais existé. Cela est possible seulement si aucun commencement d'exécution n'a eu lieu (*si adhuc integra res sit*). Sinon, les actes commencés auront produit leur effet, car on ne peut révoquer le passé. — Mais dans ce cas même, le mandant peut toujours révoquer le mandat pour l'avenir. Il faut que cette révocation soit notifiée au mandataire et connue de lui ; car tant qu'il l'ignore, les actes qu'il fait dans sa mission obligent le mandant envers lui (1).

**X.** Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu, ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, *posse te agere mandati actione*. alioquin *justa et probabilis ignorantia* tibi damnum adferret. Et huic simile est quod placuit, si debitores, *manumisso* dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos, cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerint.

**10.** Le mandat est encore dissous si, avant l'exécution, le mandant ou le mandataire vient à mourir. Toutefois, des motifs d'utilité ont fait décider que si après la mort du mandant, et dans l'ignorance de cette mort, tu as exécuté le mandat, *tu auras l'action de mandat ;* car, sans cela, *ton ignorance légitime et plausible* te causerait préjudice. Et l'on est dans un cas semblable lorsqu'on décide que les débiteurs qui, après *l'affranchissement* de l'intendant de Titius, payent par ignorance à cet affranchi, sont libérés, bien que, selon le droit strict, ils ne dussent pas l'être, parce qu'ils ont payé à un autre que celui à qui ils auraient dû payer.

1573. *Posse te agere mandati actione*. En effet, le contrat de mandat est dissous, mais l'obligation d'indemniser le mandataire subsiste toujours (2).

*Justa et probabilis ignorantia*. Mais après la mort du mandataire, les héritiers de celui-ci, en exécutant le mandat, ne peuvent pas avoir l'action de ce contrat, car ils ne peuvent pas ignorer le décès de leur auteur : il n'y a pas pour eux *justa et probabilis ignorantia* (3).

*Manumisso*. Il en serait de même si cet esclave, n'étant pas affranchi, était révoqué de ses fonctions ou était aliéné par son maître, à l'insu des débiteurs (4).

**XI.** Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequa-

**11.** Chacun est libre de refuser un mandat; mais une fois accepté, le mandataire doit l'exécuter, ou bien y renoncer assez tôt pour que le mandant puisse accomplir l'opération par lui-même ou

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 15. f. Paul. — (2) Dig. 17. 1. *Mand.* 26. pr. ; et 58. pr. f. Paul. — (3) *Ib.* 27. § 3. Gai. — (4) Dig. 46. 3. *De solut.* 51. f. Paul. — 16. 3. *Depos.* 11. f. Ulp.

tur. Nam nisi ita renuntiatus ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet : *nisi justa causa intercessit*, aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.

par un autre. Car si la renonciation n'est pas faite de manière à laisser au mandant entière facilité pour cet accomplissement, l'action de mandat aura toujours lieu contre le mandataire, *à moins que de justes motifs ne l'aient empêché* de renoncer, ou de renoncer à temps.

1574. ***Nisi justa causa intercessit.*** Par exemple, une grave et subite maladie, une inimitié capitale survenue entre le mandataire et le mandant, l'insolvabilité de ce dernier (1).

**XII.** Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

**12.** Le mandat peut être à terme ou sous condition.

**XIII.** In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

**13.** Enfin, le mandat, s'il n'est pas gratuit, se transforme en une autre négociation. En effet, si un prix est constitué, il devient un louage; et, pour parler généralement, dans tous les cas où l'acceptation sans salaire d'un office à rendre constitue un contrat de mandat ou de dépôt, dans ces mêmes cas il y a louage dès qu'il intervient un prix. Si donc quelqu'un donne des vêtements au foulon pour les nettoyer ou pour les soigner ou au tailleur pour les réparer, sans constitution ni promesse de salaire, il y a action de mandat.

1575. Ce principe, que le mandat est essentiellement gratuit, « *nam originem ex officio atque amicitia trahit : contrarium ergo est officio merces* (2), » ce principe n'empêchait pas qu'on eût admis une distinction, qui repose peut-être, avant tout, sur l'amour-propre. Si le mandant, sans prétendre payer à prix d'argent le service qu'on doit lui rendre, doit payer ou promet une somme plutôt en témoignage de sa reconnaissance, et pour honorer le mandataire, que comme prix d'un loyer (*remunerandi gratia honor*), on admet que le contrat ne cesse pas, pour cela, d'être un mandat, on décore la récompense du titre d'honoraires (*honorarium*), et, sous ce titre, l'obligation de la payer existe.

Il en est d'abord ainsi, généralement, lorsqu'il s'agit de ce que les Romains appellent professions libérales (*liberalia studia*) : professeurs, philosophes, rhéteurs, médecins, avocats, géomètres-arpenteurs et autres. « Non crediderunt veteres, dit Ulpien en parlant de ces derniers (d'un *mensor agrorum*), inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi : et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari (3). » Seulement, une diffé-

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 23, 24 et 25. f. Hermogen. et Paul. — Paul. Sent. 2. 15. § 1. — (2) Dig. 17. 1. *Mand.* 1. § 4. f. Paul. — (3) Dig. 11. 6. *Si mensor falsum modum dixerit.* 1. pr. f. Ulp.

rence importante à remarquer, c'est que ce n'est pas par une action ordinaire que le payement des honoraires se poursuit. Mais c'est à l'extraordinaire, devant le magistrat, préteur ou président de province, qui prononce lui-même *extra ordinem*, d'après les circonstances (*causa cognita*), ce qui emporte le pouvoir d'arbitrer les honoraires, et même, lorsqu'ils ont été fixés par convention, de les réduire s'il y a lieu (1). Bien que, dans cette distinction, l'amour-propre soit en première ligne, cependant elle ne manque pas d'avoir, au fond, quelque chose de vrai. Personne, en son cœur, ne croit s'être acquitté à prix d'argent envers le médecin qui a sauvé des douleurs ou du danger, envers le précepteur qui a formé le moral et cultivé l'esprit, envers l'avocat qui s'est dévoué à la défense. On sent que de tels services, rendus honorablement, ne sont pas l'objet d'un contrat purement pécuniaire; qu'un élément plus immatériel entre dans le contrat; et que, l'argent payé, on reste encore débiteur. Le même sentiment faisait également donner aux *nourrices* une action extraordinaire (2).

1576. En effet, l'admission d'une récompense pécuniaire, dans le mandat, sous la qualification d'honoraires, n'a pas été restreinte à l'exercice des professions dites libérales. Elle a été étendue à toute sorte de mandat s'il s'agit d'un fait qui n'a pas coutume de faire l'objet d'un louage : « *Si tale est factum quod locari non possit*, » par opposition à : « *Si tale sit factum quod locari solet* (3), » et qu'un salaire ait été spécialement convenu. Ce salaire, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une offre incertaine (*salarium incertæ pollicitationis*), est dû par le mandant, et le payement peut en être poursuivi; mais la connaissance en appartient toujours au magistrat, *extra ordinem*. « De salario quod promisit, apud præsidem provinciæ cognitio præbebitur (4). »

### ACTIONS RELATIVES AU MANDAT.

1577. L'action qui résulte du contrat de mandat, et qui sert à en poursuivre toutes les obligations, se nomme *actio mandati*, action de mandat : *actio directa*, pour le mandant, comme naissant directement et immédiatement de la convention; *actio contraria*, pour le mandataire, comme ne prenant naissance que par les faits postérieurs qui obligent aussi le mandant (*ex post facto*). Toutes les deux, actions de bonne foi. La première, l'action directe, en cas de condamnation, emporte infamie (4).

(1) Dig. 50. 13. *De extraord cognit*. 1. f. Ulp. C'est dans ce texte qu'on accorde des honoraires *ludi litterarii magistris, licet non sint professores*. — (2) *Ib.*, § 14. — (3) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 2. f. Paul. — (4) Cod. 4. 35. *Mand.* 1. const. Sever. et Anton.; 17. const. Dioclet. et Maxim. — Dig. 17. 1. *Mand.* 6. f. Ulp. 7 et 56. § 3. f. Papin. — (5) Voir ci-dessous, liv. 4, tit. 16, § 2. — Voir cependant un cas où la condamnation, même dans l'action contraire, devrait être infamante. Dig. 3. 2. *De his qui not. infam.* 6. § 5. f. Ulp.

1578. A l'égard des tiers, nous savons qu'outre les actions qui existent régulièrement entre eux et le mandataire, par suite des opérations de ce dernier, ils ont aussi contre le mandant ces mêmes actions; mais sous la qualification d'*actio utilis quasi-institoria* (1); et qu'enfin le mandant lui-même a contre eux, dans la plupart des cas, les actions utiles (voir ci-dess., n° 1552).

### *Des pactes, et des cas où ils donnent lieu à une action.*

1579. Nous avons épuisé la liste des contrats du droit civil. Toute autre convention (*pactum, pactio conventio, pactum conventum*), selon le droit strict et primitif, ne devait produire aucun lien de droit, nous l'avons déjà dit; mais nous avons annoncé aussi que par des innovations successives divers effets leur ont été attribués (ci-dessus, n° 1203). — Par ces innovations, les pactes ont pu, soit en général, à raison de certaines circonstances, soit quelques-uns en particulier par leur seule nature et d'eux-mêmes, produire des actions : et bien que le titre de contrat soit toujours resté réservé aux conventions obligatoires selon l'ancien droit civil, on peut dire véritablement que le nombre en a été étendu. —Cette extension a eu lieu graduellement par le droit civil, par le droit prétorien et par le droit impérial.

### *Cas dans lesquels les pactes se trouvent munis d'actions, d'après le droit civil. — Pactes dits pactes joints* (pacta adjecta). — *Contrats formés* re, *qualifiés de contrats innommés* (innominati contractus); *contrat estimatoire* (de æstimato); *échange* (permutatio); *précaire* (precarium); *transaction* (transactio).

1580. Ce que nous avons dit de la vente (ci-dessus, n° 1482) est vrai de tous les contrats de bonne foi : les parties peuvent y joindre, pour en expliquer, pour en modifier, pour en étendre ou en restreindre les effets, des conventions accessoires, qui font corps avec le contrat, et dont l'exécution se poursuit par l'action même de ce contrat. « Nuda pactio... interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. » Ainsi s'exprime Ulpien (2). Mais il faut, pour cela, comme le dit le même jurisconsulte en poursuivant sa phrase, que ces pactes aient eu lieu au moment même du contrat (*ex continenti*), de manière à en faire partie intégrante. Ces pactes accessoires sont ceux qui se nomment, dans la doctrine moderne, *pacta adjecta*.

1581. Qu'ils donnent lieu à l'action même du contrat, ceci doit être tenu pour règle générale. — Cependant nous voyons qu'il s'était élevé, à ce sujet, quelque dissentiment entre les juriscon-

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 10. § 5. f. Ulp. — 14. 3. *De instit.* 5. § 8. f. Ulp. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 5. f. Ulp.

sultes à propos de certaines espèces qui présentaient ces deux circonstances : 1° que le *pactum adjectum* y avait précisément pour but de faire considérer le contrat comme non avenu tel cas échéant, par exemple la *lex commissoria*, ou de permettre de le résoudre, par exemple le pacte de réméré (ci-dess., n°° 1484 et 1485) ; 2° qu'il y avait eu néanmoins quelque dation ou tradition déjà exécutée de la part de l'une des parties, de telle sorte que l'opération pouvait rentrer dans les contrats innommés *do ut des, do ut facias*, dont nous allons parler incessamment. Dans ces circonstances, Proculus voulait qu'on donnât l'action *in factum præscriptis verbis* attachée à ces contrats innommés (1). Sabinus, au contraire, sans s'arrêter à la subtilité des mots *res inempta est, et quidem finita est emptio*, donnait même dans ces cas l'action du contrat (2). Nous voyons par un fragment d'Ulpien que la question avait été décidée en ce dernier sens (*sed jam decisa quæstio est*) par des rescrits des empereurs Antonin et Sévère (3). D'où la jurisprudence avait fini par conclure que l'une ou l'autre action pouvait se donner (*actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*) (4). — Mais il faut bien se garder de généraliser ces cas particuliers. L'action du contrat s'applique à toutes les hypothèses que comporte le contrat, même à celles dans lesquelles il n'est pas question d'exécution déjà faite par l'une des parties ; tandis que l'action *præscriptis verbis* est engendrée *re*, et ne trouve son application possible que dans ces derniers cas.

1582. Qu'arrivera-t-il des pactes joints, toujours à un contrat de bonne foi, mais après coup, c'est-à-dire après un certain intervalle (*ex intervallo*) ? Ayant une existence isolée, ils rentrent dans le sort commun des pactes, c'est-à-dire qu'ils n'engendrent pas d'action, mais seulement des exceptions. « In bonæ fidei contractibus ita demum pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit (5). » Ulpien exprime la même idée en disant qu'ils ne peuvent valoir du côté du demandeur (*ex parte actoris*), mais seulement du côté du défendeur (*ex parte rei*), et il en donne immédiatement la raison : « Quia solent et ea pacta, quæ postea interponuntur, parere exceptiones (6). » Enfin, Papinien exprime toujours la même idée en disant qu'ils sont utiles pour diminuer, mais non pour augmenter l'obligation (*quæ detrahunt, non quæ adjiciunt aliquid obligationi* (7). Mais toutes ces locutions reviennent à dire qu'ils produisent des exceptions et non des actions, et elles

(1) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 12. f. Procul. — (2) 18. 1. *De contrah. empt.* 6. § 1. f. Pomp. — 18. 5. *De rescind. vend.* 6. f. Paul. — Cod. 4. 54. *De pact. int. empt. et vend.* 3. const. Alex. — (3) Dig. 18. 3. *De leg. commiss* 4. p. f. Ulp. — (4) Dig. 18. 5. *De rescind. vend.* 6. f. Paul. — Cod. 4. 54. *De pact. int. empt. et vendit.* 2. const. Alex. — (5) Cod. 2. 3. *De pactis.* 13. const. Maxim. — (6) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 5. *in fine.* f. Ulp. — (7) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin.

le disent d'une manière moins précise et moins exacte. En effet, il faut remarquer, d'une part, que le demandeur, qui ne peut pas faire valoir ces pactes par voie d'action, pourrait les faire valoir, si l'occasion s'en présentait, par voie de réplique, puisque la réplique n'est qu'une sorte d'exception; et, d'une autre part, que soit qu'ils eussent eu pour but d'augmenter, soit qu'ils eussent eu pour but de diminuer l'obligation de l'une ou de l'autre des parties, comme cela était possible fréquemment dans ces sortes de contrats produisant des obligations de part et d'autre, toujours il faudrait s'en tenir à cette idée, que si le pacte est tel et si l'occasion se présente telle, que le défendeur ait utilité à le faire valoir par exception ou le demandeur par réplique, ils y sont autorisés (1). La règle fondamentale et mainte fois répétée, dans laquelle les autres sont contenues, est donc celle-ci : que ces pactes ne produisent pas d'action (*ne ex pacto actio nascatur*) (2), mais qu'ils produisent des exceptions. — Quand nous parlons d'exception, il importe de se rappeler ici que, s'agissant de contrats de bonne foi, les exceptions fondées sur l'équité n'avaient pas besoin d'être insérées dans la formule par le préteur, qu'elles y étaient sous-entendues, et qu'il entrait dans l'office même du juge d'y avoir égard, ce qui augmentait d'autant l'efficacité de ces pactes.

1583. Enfin Paul, dans une note sur Papinien, ajoute que si le pacte, qui est intervenu après coup, est intervenu toutes les choses étant encore entières (*omnibus integris manentibus*), et qu'il porte sur des points substantiels au contrat, par exemple, dans une vente, qu'il augmente ou diminue le prix : s'agissant de contrats purement consensuels, il faudra considérer les parties comme ayant révoqué la première vente et en ayant formé une nouvelle; de telle sorte que le pacte produira, dans ce cas, l'effet d'un nouveau contrat (3).

1584. Que décider à l'égard des pactes joints *ex continenti*, ou *ex intervallo* à un contrat de droit strict? La règle est-elle la même, ou bien doit-elle changer? — La question est sans difficulté à l'égard des pactes joints *ex intervallo* : ceux-ci ne produisent que des exceptions. Mais elle est fort douteuse quant aux pactes joints *ex continenti*, et les meilleurs interprètes y sont divisés d'opinion. Pour la résoudre avec précision, sortons des généralités et parcourons successivement chacun des contrats de droit strict; ils sont au nombre de trois : le *mutuum*, le contrat *verbis* et le contrat *litteris*.

1585. Pour le *mutuum*, il est indubitable que le prêteur, en livrant la somme prêtée, pouvait convenir avec l'emprunteur du

(1) Dig. 2. 14. 7. § 5. f. Ulp. — Cod. 2. 3. *De pactis*. 10. const. Alexand. — (2) « Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. » Dig. 18. 1. 72. pr. f. Papin. — (3) *Ibid.*

lieu, de l'époque, du mode de remboursement; que des conditions pouvaient y être apposées : toutes ces clauses faisaient partie essentielle du contrat, et l'exécution en était assurée par la *condictio certi* (1); ce n'est pas là ce qu'on peut entendre, à proprement parler, par des pactes joints. Mais si en livrant dix sous d'or, il les a livrés avec la clause qu'on lui en devra neuf, ce pacte sera parfaitement valable, parce qu'il y aura donation d'un sou d'or, et *mutuum* seulement pour les neuf restants. A l'inverse, s'il en a livré dix, avec la clause qu'on lui en devra onze, dix seulement pourront être demandés par la condiction, parce que l'obligation du *mutuum* étant formée *re*, elle ne peut pas dépasser le montant de la somme effectivement livrée (2). C'est par la même raison que le pacte d'intérêt ne produira pas d'obligation comprise dans celle du *mutuum*.

1586. Il n'y a rien à conclure contre cette décision relative au *mutuum*, d'une autre règle plus générale, ainsi formulée par Gaius : « In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est (3). » Noodt a raison de voir dans cette proposition de Gaius une dérivation de la loi des Douze Tables, dont le texte nous est connu : « QUUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO » (tom. I, *Hist.*, p. 106, tabl. 6, § 1). C'est au livre 3 de son commentaire sur la loi des Douze Tables que Gaius a formulé cette proposition, dans laquelle il étend aux traditions, qui sont du droit des gens, ce que les Douze Tables avaient dit des solennités civiles *per æs et libram*. La proposition de Gaius est parfaitement exacte : elle s'applique, comme l'a fort bien dit Cujas, à tous les cas qui tombent dans un des contrats innommés *do ut des, do ut facias*, ou autres semblables, dont nous allons parler incessamment. Nous en pouvons signaler plus d'un exemple dans les textes; l'action donnée alors est l'action *præscriptis verbis*, quelquefois même une action *utilis* (4). Mais toutes ces dations ou traditions ne sont pas celles du *mutuum*, contrat de droit strict, qui a ses règles déterminées, et dont l'action ne peut s'étendre, suivant le droit civil, en dehors de ces règles.

1587. Pour le contrat *verbis*, en fait, le pacte joint *in continenti* se distingue bien nettement du contrat lui-même : le contrat est compris en totalité dans les paroles de l'interrogation et de la réponse; le pacte est en dehors de ces paroles. Nous trouvons, à ce sujet, dans une loi du Digeste, restée fameuse, une opinion

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 3. f. Pomp.; 7. f. Ulp.; 22. f. Julian. — (2) *Ibid.* 11. § 1. f. Ulp. — 2. 14. *De pactis.* 17. pr. f. Paul. — Cod. 4. 30. *De non num. pec.* 9. const. Diocl. et Maxim. — (3) Dig. 2. 14. *De pactis.* 48. f. Gai. — (4) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 19. pr. f. Julian., pacte d'affranchissement joint à la dation d'un esclave. — Cod. 2. 3. *De pactis.* 7. const. Anton., pacte joint à la livraison d'une hérédité; — *Ibid.* 10. const. Alex., pacte joint à une dation d'argent en dot.

soutenue par Paul, dans une discussion qu'il rapporte comme ayant eu lieu dans l'auditoire de Papinien, à propos d'un écrit constatant des stipulations et un pacte fait immédiatement après : à savoir, que de pareils pactes doivent être considérés comme compris dans la stipulation (*Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*); et quoique cette assertion de Paul n'eût pas été émise sans contradiction, néanmoins le pacte en question, qui restreignait du reste l'obligation résultant des stipulations précédentes, fut considéré comme obligatoire (1). — Paul exprime la même opinion dans un autre fragment, à propos d'une stipulation pure et simple, mais suivie immédiatement du pacte, que tant que les intérêts seront payés le capital ne pourra être demandé; il considère ce pacte, qui du reste restreint encore l'obligation du débiteur, comme s'il avait été exprimé dans la stipulation elle-même (*conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset*) (2). — Aussi nous trouvons dans un fragment d'Ulpien que si, à une interrogation de donner à terme ou sous condition, le promettant a répondu qu'il donnera à un autre terme, ou purement et simplement, il n'est pas lié; qu'en effet soit qu'il y ajoute, soit qu'il en retranche quelque chose, l'obligation s'en trouve viciée : à moins, dit le jurisconsulte, que la divergence de sa réponse n'ait été agréée immédiatement par le stipulant, car alors on considérera le fait comme si une autre stipulation avait été contractée (3). C'est sur ces lois que se fondent ceux qui pensent que, soit qu'ils retranchent, soit qu'ils ajoutent à l'obligation, les pactes joints immédiatement aux contrats de droit strict (il faudrait dire, au moins, uniquement à la stipulation) sont censés en faire partie. — On a bien invoqué encore une constitution de Dioclétien, mais étrangère véritablement à notre question, car il s'y agit d'une stipulation qui a été faite précisément pour donner force à un pacte (*quæ placiti servandi causa secuta est*) (4). Tout ceci, du reste, est la conséquence même du relâchement qui s'était graduellement introduit relativement à l'exigence de la prononciation des paroles, et des facilités qu'une interprétation favorable donnait de plus en plus à cet égard (ci-dess., n°° 1244, 1360 et 1399).

1588. Enfin, pour le contrat *litteris*, la distinction est encore

(1) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 40. f. Paul. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 4. § 3. f. Paul. — (3) « Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit : tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. » Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. § 3. fr. Ulp. — (4) Cod. 2. 3. *De pactis*. 27. const. Dioclet. et Maximian. : « Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est : seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. » Cujas suppose ingénieusement qu'il s'agit ici de l'écrit, de l'*instrumentum* fait pour constater l'opération, dans lequel il est indifférent que le pacte ait été rapporté avant ou après la mention de la stipulation qui est intervenue pour le confirmer. C'est là une hypothèse parfaitement en harmonie avec les habitudes romaines, mais qui n'est cependant pas indispensable pour expliquer la loi.

plus tranchée, et l'on ne peut douter que les pactes, quoique faits *in continenti*, ne fussent en dehors de ce contrat.

1589. Après ces détails, nous pouvons nous résumer, et nous en concluons : que le caractère du droit romain et les règles spéciales de ce droit sur la manière dont naissent ou s'éteignent les obligations *stricti juris*, s'opposent à ce que des pactes joints, soit *ex continenti*, soit *ex intervallo*, à des contrats de cette nature prennent la force du contrat; que le contraire n'a lieu que dans les cas où ces pactes forment des clauses qui sont substantielles dans le contrat lui-même et sont destinées à le régler; ou bien dans les cas où il est possible de trouver dans les principes mêmes du contrat un moyen favorable pour valider le résultat; que la décision de Paul et celle d'Ulpien, spéciales d'ailleurs à la stipulation, ne sont que des exemples de ces interprétations favorables, qu'un indice de la tendance qu'avait, déjà, de leur temps, la jurisprudence à faire prévaloir l'intention des parties sur le formalisme rigoureux du droit primitif et à tenir les paroles pour prononcées ou à en dispenser lorsqu'elles ne l'avaient pas été (ci-dessus, n° 1399); mais qu'en somme la théorie des pactes joints *in continenti* et compris par cela même dans l'action des contrats, n'était formulée positivement par les jurisconsultes romains qu'en matière de contrat de bonne foi (voir les citations ci-dessus, n°s 1580 et 1582); tandis qu'en matière de contrats de droit strict, la règle générale restait : à savoir, que soit qu'ils fussent ajoutés *ex continenti*, soit qu'ils le fussent *ex intervallo*, ils produisaient des exceptions, mais non des actions; en observant encore que dans cette matière les exceptions avaient besoin d'être demandées au préteur et insérées par lui dans la formule.

1590. L'idée de la cause des obligations n'est pas formulée en droit romain d'une manière principale et bien précise : cependant, elle s'y trouve, tant en réalité qu'en expression, mais avec son caractère particulier (1). Ce que les jurisconsultes romains appellent la cause civile (*causa civilis*) d'une obligation, c'est-à-dire la cause selon le droit civil : dans les contrats *re*, c'est la dation ou la livraison de la chose; dans les contrats verbaux, ce sont les paroles; dans les contrats littéraux, c'est l'écriture en la forme consacrée; dans les quatre contrats du droit des gens, elle est moins matérialisée. Mais la jurisprudence n'en est pas restée là. Si un simple pacte, une convention non obligatoire, mais contenant des promesses réciproques, a eu lieu, et que l'une des parties ait volontairement exécuté ce qu'elle avait promis, les jurisconsultes romains ont vu dans cette exécution une cause d'obligation pour l'autre : nous expliquerons bientôt d'après quel principe. Le pacte suivi d'exécution de la part de l'une des parties se trouve donc

(1) Voir l'expression de *causa civilis*, et l'idée de cause, dans un fragment de Pomponius. Dig. 15. 1. *De pecul.* 49. § 2.

pourvu d'une cause d'obligation (*subest causa*), et il devient, en conséquence, un contrat que l'on peut dire formé *re*, dans le sens général de cette expression (voir ci-dessus, n° 1205). Les quatre contrats *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, ne sont donc pas les seuls contrats formés *re* : il s'en ouvre une série innombrable, autant qu'il peut y avoir, dans l'imagination et dans l'intérêt des parties, de conventions avec engagements réciproques.

1591. Mais nous voyons que les jurisconsultes romains ont dit des véritables contrats du droit civil, ayant chacun une existence propre, une nature distincte et des effets à eux, qu'ils ne restent pas dans la dénomination générique de convention, mais qu'ils passent sous la dénomination propre d'un contrat : « In suo nomine (*conventionis*) non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus ; ut emptio venditio, conductio, societas, commodatum et ceteri similes contractus (1). » Tandis qu'on n'en peut pas dire autant des pactes devenus contrats par suite d'une exécution. Quand même ces derniers contrats auraient reçu, dans la langue, une désignation particulière, comme, par exemple, l'échange (*permutatio*), mot qui désigne, à vrai dire, plutôt la mutation de propriété elle-même, que la convention d'effectuer cette mutation, ils n'en restent pas moins tous confondus dans une seule et même classe et régis par les mêmes principes. De là est venu l'usage de les qualifier, dans la doctrine des interprètes : les premiers, de contrats nommés (*nominati*) ; et les seconds, de contrats innommés (*innominati contractus*).

1592. Ces contrats se ramènent tous à l'une des opérations ainsi résumées par le jurisconsulte Paul : « *Do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias* (2), » en prenant l'expression *facere*, dans le sens le plus large, pour toute prestation. On voit, par cette formule, qu'il s'agit toujours ici d'un premier fait exécuté : « *do, facio*. »

1593. La jurisprudence romaine n'est pas arrivée tout d'un coup, sans hésitation, sans divergence entre les jurisconsultes, ni d'une manière uniforme pour tous ces pactes, à sanctionner l'obligation qu'y faisait naître l'exécution ou le commencement d'exécution de la part de l'une des parties ; ni même à déterminer avec précision quelles étaient les obligations ainsi engendrées. Il était impossible qu'il n'y eût pas là-dessus des incertitudes, des décisions variées, suivant les détails particuliers de chaque espèce,

(1) DIG. 2. 14. *De pactis*. 7. § 1. f. Ulp. Le jurisconsulte continue ainsi : « § 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa* : eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem : ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias ; hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem, etc. — § 4. Sed, cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. » — (2) DIG. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus*. 5. pr. f. Paul. — V. *Théorie des contrats innommés*, par notre collègue M. ACCARIAS, 1866, in-8°.

au milieu de cette multitude de conventions indéfinies, susceptibles de s'accommoder à toutes les situations, à tous les intérêts, à toutes les volontés possibles de ceux qui les formaient, sous la seule restriction qu'elles n'eussent rien d'impossible, d'illicite ni de déshonnête. Aussi, même dans les recueils de Justinien, où l'harmonie devait être faite, est-ce une des parties du droit dans lesquelles on se trouve embarrassé par des décisions qui y paraissent encore divergentes ou contradictoires.

1594. Un point commun à tous ces pactes, c'est que du moment que l'un de ceux qui ont fait la convention l'a exécutée ou a commencé à se mettre en frais pour l'exécuter, s'il était libre à l'autre de rompre l'affaire et de s'en tenir là, il arriverait de deux choses l'une, ou que celui-ci se trouverait injustement enrichi du bien d'autrui, ou qu'il aurait occasionné par son manque de foi un préjudice à autrui : or la jurisprudence civile n'admettait ni l'un ni l'autre de ces résultats. Ce n'est pas ici du droit prétorien, c'est du droit civil des jurisprudents. Le principe de l'obligation dans les contrats *re* que nous examinons, c'est que nul ne doit s'enrichir injustement du bien d'autrui, nul ne doit par sa faute porter préjudice à autrui. Mais en quoi consistera l'obligation et comment sera-t-elle sanctionnée?

1595. Toutes les fois que l'exécution faite par l'une des parties consistera dans la dation de quelque chose (*datio*), ou dans l'extinction de quelque droit susceptible de rétablissement, par exemple d'une créance amortie par acceptilation (1), la jurisprudence civile offre à celui qui a exécuté la convention, l'autre ne l'exécutant pas de son côté (*re non secuta*), une action pour se faire rétablir dans sa propriété aliénée ou dans son droit éteint, dont il se trouverait privé sans cause, la *condictio causa data causa non secuta*, nommée aussi *condictio ob causam datorum*. Le Digeste et le Code contiennent chacun un titre spécial consacré à cette sorte de condiction (2). L'obligation sanctionnée par cette action est tout simplement celle de rendre ce qui a été reçu.

1596. Mais dans tous les cas qui restent en dehors des précédents, par exemple lorsqu'il s'agit de faits accomplis, de dépenses faites, de pertes essuyées par l'une des parties, en exécution de la convention (*facio ut des* ou *facio ut facias*), il devient impossible d'appliquer la condition dont nous venons de parler: comment faire alors restituer le profit ou réparer le préjudice? — D'ailleurs, plus généralement encore, et pour tous les cas, n'est-il pas convenable d'aller plus loin que cette obligation de restituer ou de réparer, ne faut-il pas donner quelque force au

(1) Dig. 12. 4. *De condictione causa data causa non secuta*. — Voir, pour ce qui concerne la créance éteinte par acceptilation, les fragments 4 et 10 d'Ulpien et de Javolenus, à ce titre. — (2) Cod. 4. 6. *Ob causam datorum*.

pacte, en ce sens que l'un ayant exécuté, l'autre serait tenu d'exécuter à son tour?

1597. C'est ici que la jurisprudence paraît avoir tâtonné et n'être arrivée qu'avec des variantes au but proposé. Les jurisconsultes cherchent avant tout si la convention bien examinée en elle-même ne peut pas être assimilée à quelqu'un des contrats reconnus par le droit civil, vente, louage, mandat, société, commodat ou autre semblable, de telle sorte qu'on puisse la sanctionner par les actions de ce contrat, ou si elle s'en sépare trop pour que cette assimilation puisse être faite. La plupart des fragments des jurisconsultes portent l'empreinte de cette première préoccupation (1). Nous savons, par divers exemples, que la doctrine des Sabiniens était de se montrer faciles dans cette assimilation, afin de suppléer par l'analogie au manque de sanction. Cependant, même ces analogies imparfaites, auxquelles se refusaient les jurisconsultes de l'autre école, leur manquaient dans un très-grand nombre de cas. Certains vestiges, au Digeste et au Code de Justinien, nous font voir qu'ils étaient portés alors à suppléer à la lacune au moyen de l'action de dol (2), laquelle, par sa nature, ne doit se donner que lorsqu'il n'y en a aucune autre.

1598. Un autre moyen cependant était imaginé et finit par prévaloir dans la jurisprudence, celui de mettre à la disposition de la partie ayant exécuté le pacte une action, non pas prétorienne, mais action de droit civil (*civilis actio* (3); dans laquelle la prétention du demandeur est indéterminée (*qua incertum petimus*), d'où la qualification de *incerta civilis actio* (4); mais qui, étant commune à tous les contrats innommés quelconques, n'a pas de nom spécial pour chacun de ces contrats, et que l'on désigne sous les dénominations, tantôt seules et tantôt réunies, de *actio in factum*, ou *præscriptis verbis* (5). Dénominations qui ne signifient rien autre, si ce n'est que, comme il s'agit de contrats n'ayant pas en droit de nom propre, mais formés seulement par les faits qui ont eu lieu, le préteur dans la première partie de la formule, la *demonstratio*, les désigne au juge par l'énoncé préliminaire de ces faits : « *Actio quæ prescriptis verbis rem gestam demonstrat*, » dit fort clairement et fort laconiquement une constitution d'Alexandre (6); puis, dans l'*intentio*,

---

(1) Voir notamment, Dig. 19. 3. *De æstimatoria*, 1. f. Ulp. — Dig. 19. 5. *De præscriptis verb.* 1. f. Papin.; 5. § 4. f. Paul.; 13. f. Ulp., et bien d'autres encore. — (2) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. §§ 2 et 3. f. Paul., d'après Julianus. — Cod. 2. 21. *De dolo malo*. 4. const. Diocl. et Maxim. — (3) Dig. 19. 5. 1. § 2. f. Papin.; 15. f. Ulp. — Cod. 2. 4. *De transact.* 33. const. Dioclet. — (4) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus*. 6. f. Nérat. — Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis*. 6. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. *Ibid.* 22. f. Gai. : « *In factum*, id est *præscriptis verbis*. » — V. *De l'action præscriptis verbis*, par notre collègue M. Desjardins, 1866, br. in-8°.

(6) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. Alexand. — Nous verrons plus tard

venaient ces expressions générales, qui posaient une question de droit civil (*in jus concepta*), sans limitation déterminée (*incerta*), « QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET. » — Cette action *præscriptis verbis*, n'a-t-elle été imaginée par les prudents qu'après celle de dol? L'intervalle, dans tous les cas, n'aurait pas été long : celle de dol, nous le savons, date de l'époque de Cicéron (ci-dess., n° 1423, note 1); or, quant à l'action *præscriptis verbis*, nous voyons par divers fragments au Digeste, dans lesquels Labéon est d'avis de la donner, qu'elle était en usage au temps de ce jurisconsulte (1). Il ne faudrait pas croire, non plus, que les Sabiniens en répudiassent toujours l'emploi; car nous la voyons donnée aussi, en plusieurs hypothèses, par Javolenus, par Julien, par Gaius, qui appartiennent à cette école (2).

1599. Que pouvait réclamer le demandeur par cette action *præscriptis verbis*, et quel était le sens que devait y recevoir en droit (*in jus*) cette *intentio* indéterminée : QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET? L'idée que le demandeur pût réclamer l'exécution du pacte n'est peut-être pas venue dès l'abord aux jurisconsultes romains, puisque ce pacte considéré en lui-même n'est pas obligatoire, et que l'obligation naissant de l'exécution qu'en a faite l'une des parties a été fondée, avant tout, sur le principe que nul ne doit par son manque de foi s'enrichir du bien ou profiter du fait d'autrui, ni occasionner des pertes à autrui : de telle sorte que l'emploi de l'action *præscriptis verbis* n'a été suggéré qu'à cause de l'insuffisance de la condiction *causa data causa non secuta*, laquelle ne pouvait jamais servir pour la réparation des pertes et ne le pouvait pas toujours pour la restitution des profits. Aussi voyons-nous dans un exemple donné par Paul que ce que le demandeur obtiendra par l'action *præscriptis verbis*, ce sera la réparation du préjudice que lui a occasionné l'exécution déjà faite par lui (3); et nous trouvons encore la même trace dans un passage du même Paul, qui, même en ce qui concerne l'échange, semblerait nier que le demandeur pût avoir action pour l'intérêt qu'il aurait eu à recevoir la chose qu'il était convenu qu'on lui donnerait en échange (4). Paul, en cela,

---

que les expressions *in factum concepta* appliquées aux formules avaient un sens différent, qu'il ne faut pas confondre avec celui-ci.

(1) DIG. 19. 5. *De præscriptis verbis*, 1. § 1. f. Papin.; 17. § 1; et 19. f. Ulp. — (2) *Ibid*. 3. 5. § 2; et 13. § 1. f. Julian. — 10. f. Javolen. — 22. f. Gai. — (3) DIG. 19. 5. *De præscr. verb*. 5. § 5 : « Quanti interest mea, servum habuisse, quem manumisi. » — (4) D. 19. 4. *De rer. permutat*. 1. § 4. f. Paul. : « Non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse de qua convenit : sed ut res nostra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta. » — Voyez la même doctrine dans Celse, qui, à propos de la convention : « Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum *dares*, » recherche s'il y a, pour celui à qui l'argent a été déjà donné, quelque autre obligation que celle de le restituer : « An nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta, » négative pour laquelle il se déclare plus porté : « In quod proclivior sum. » (DIG. 4. 5. *De condict. caus. dat*. 16.)

est en contradiction avec lui-même (1), et avec la doctrine qui avait fini par prévaloir bien généralement à l'égard de l'échange. Ce qui nous prouve, d'une part, les hésitations des jurisconsultes, et d'autre part, les changements de signification qu'ont pu subir, dans la collection du Digeste, leurs opinions données par fragments souvent divisés et quelquefois altérés.

Quoi qu'il en soit, à part ces hésitations et quelques espèces dans lesquelles la variété de la décision se justifie par la variété des faits, l'interprétation passée en doctrine commune de ces mots QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET dans l'action *præscriptis verbis*, c'est que la condamnation devra comprendre l'intérêt qu'avait le demandeur qui a exécuté le pacte à ce que l'autre partie l'exécutât de son côté : « *ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere* (2) ; de manière à faire observer la foi due au pacte « *vel fides placiti tibi servetur* (3). » — Il est alors arrivé que dans tous les cas où pouvait s'appliquer la condiction *causa data causa non secuta*, le demandeur, trompé par l'inexécution du pacte qu'il a exécuté de son côté, a eu le choix entre deux actions : ou celle en restitution de ce qu'il a donné (*condictio causa data causa non secuta*), ou celle en dommages-intérêts pour l'inexécution (*actio in factum præscriptis verbis*) : « vel fides placiti tibi servetur; vel quod dedisti... causa non secuta restituatur (4). » Dans les cas auxquels ne peut s'appliquer la condiction, il n'a que l'action *præscriptis verbis*.

1600. Mais lorsque cette condiction était applicable, quels étaient les faits qui y donnaient ouverture ? quel était le moment à partir duquel celui qui avait donné quelque chose en exécution d'un pacte pouvait réclamer ce qu'il avait donné *quasi re non secuta ?* — Si l'on adopte pour point de départ ce principe, que le pacte en lui-même n'est pas obligatoire, et que l'obligation naissant de l'exécution faite par l'une des parties n'a pour essence première que de faire restituer ce qui ne saurait être retenu indûment, on sera amené à conclure de là que celui qui a donné quelque chose en exécution d'un pacte, tant que l'autre partie n'a rien fait de son côté pour l'exécution qui la concerne, peut changer d'avis et répéter ce qu'il a donné. Plusieurs textes portent l'indice de cette manière d'envisager l'opération ; la condiction y apparaît comme existant dès le principe, et ne cessant que par l'exécution de la convention de la part de celui qui a reçu (*causa secuta, repetitio cessat*) (5) ; s'il s'agit d'une convention de ne pas faire quelque chose, par exemple *ne ad judicium iretur*, tant qu'il n'y a pas eu contravention à la prohibition convenue la *condictio* dort (*condictio cessat quandiu non itur*), mais elle s'éveille dès qu'il

(1) D. 19. 5. *De præscr. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (2) Dig. 19. 5. *De præscr. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (3) Cod. 4. 64. *De rer. permut. et præscr. verb.* 4. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Voir les deux mêmes citations qui précèdent. — (5) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 1. pr. f. Ulp.

y a eu contravention (1). Enfin, plus clairement encore, un certain nombre de fragments insérés au Digeste attribuent formellement à celui qui a donné, le droit de se repentir (*aut si me pœniteat; nisi pœniteat; si pœnituerit; sed cum liceat pœnitere ei qui dedit*) (2), et de répéter la chose qu'il a donnée, tant qu'il n'y a rien eu encore de fait de la part de l'autre partie. C'est ce qui a été nommé, dans la doctrine des commentateurs, *jus pœnitendi*. — Cependant, on a fait remarquer ingénieusement que tous les textes dans lesquels il est question de ce repentir ne sont relatifs qu'à des pactes ayant de l'analogie avec le mandat, avec la société, ou se liant à quelque intention de libéralité non réalisée : toutes choses sur lesquelles il est permis de revenir; mais on s'est refusé à admettre qu'il en fût ainsi dans les pactes qui n'ont pas ce caractère, et notamment dans la convention d'échange. Ici, pour appliquer à l'affaire la qualification de *res non secuta*, il faudrait ou qu'il y eût eu contravention au pacte, ou impossibilité d'exécution future, ou mise en demeure par quelque sommation restée sans effet (3). — Comme doctrine destinée à régir les affaires, dans les pays où le droit romain a conservé son autorité, les interprètes ont dû tenir à faire prévaloir celle-ci, qui est plus équitable et plus en harmonie avec les idées modernes. Historiquement, les Romains n'y sont arrivés, sans doute, qu'à mesure qu'ils ont donné à l'action *præscriptis verbis* sa dernière extension, *ut fides placiti servetur*. Tenant alors la partie qui a reçu pour obligée d'exécuter le pacte, ils n'ont pas dû la laisser à la discrétion de l'autre, qui serait libre, par un simple changement d'avis, de rompre ce pacte en redemandant sa chose, ou d'en réclamer les effets. Il y aurait eu là une situation inégale blessant l'équité. Nous pouvons reconnaître par une phrase d'Ulpien que les jurisconsultes romains ne voulaient pas que la *pœnitentia* pût faire tort à celui contre qui elle était exercée : « *pœnitentia non facit injuriam* (4). » Je ne vois pas qu'il y eût rien ici d'organisé juridiquement pour ces sommations ou mises en demeure dont on parle; mais le juge, chargé par la formule même de la condiction d'examiner s'il y avait *res* ou *causa non secuta* (5), devait apprécier et juger cette question suivant la diversité des faits.

---

(1) *Ibid.* 3. pr. et § 1. f. Ulp. — (2) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 3. §§ 2 et 3. f. Ulp.; 5. pr. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (3) V. à l'appui de cette manière de voir, Dig. 19. 4. *De rer. permut.* 1. § 4. f. Ulp. : « Si alter rem nollit tradere. » — Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 5. const. Diocl. et Maxim. : « Præses provinciæ placitis eum parere jubebit. » — Ces textes ne sont pas cependant aussi concluants qu'on veut bien le dire; rien n'y indique que le demandeur eût changé d'avis et réclamât le *jus pœnitendi*. — (4) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 5. § 2. f. Ulp. — (5) La formule devait être à peu près celle-ci : « *Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio centum dedisse, causa data causa non secuta, quanti ea res erit* N. N. *a.* A. *condemnato; si non paret, absolvito.* »

1601. C'était aussi d'après la diversité des faits, l'analogie plus ou moins éloignée du pacte avec tel contrat ou avec tel autre, que se jugeait la question des risques; c'est-à-dire la question de savoir si, après l'exécution faite par l'une des parties, l'exécution de l'autre étant devenue impossible sans la faute de celui-ci, soit par la perte fortuite de la chose, soit de toute autre manière, la condiction *causa data causa non secuta* ou l'action *præscriptis verbis* pouvaient néanmoins avoir lieu, ou si elles ne le pouvaient plus. La question ne saurait être résolue d'une manière uniforme, par cette constitution de Dioclétien, que nous lisons au Code : « Pecuniam a te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est (1) ; » et nous trouvons, chez les jurisconsultes romains, des décisions variées suivant la variété des espèces (2).

1602. L'action *præscriptis verbis* était de bonne foi; la formule, dans la mission donnée au juge, contenait adjonction de ces paroles : « EX BONA FIDE. » Les Instituts de Justinien nous le disent pour deux cas d'application de l'action (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 28); et il y a des raisons suffisantes de croire qu'il en était de même dans tous. L'origine de l'action, son but *ut fides placiti servetur*, sa nature indéfinie, le rapprochement d'un grand nombre des pactes avec les contrats du droit des gens, et enfin cette réflexion d'Ulpien, qui est applicable à tous, quoique faite à l'occasion d'un seul : « Est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide (3), » ne doivent laisser aucun doute à cet égard.

1603. Une singularité, suivie encore au temps de Paul, dont la trace se retrouve en une constitution de Dioclétien, c'est qu'à l'égard des pactes *facio ut des*, la jurisprudence ancienne refusait d'admettre l'action civile *præscriptis verbis*, et comme il n'y en avait aucune autre, elle donnait alors l'action de dol (4). L'action de dol étant infamante, voulait-on que cette action fût employée contre un manque de foi plus grave en cette sorte de pactes (5)? Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on trouve dans les Instituts de Justinien (6) l'hypothèse de *facio ut des* donnant ouverture à l'action *præscriptis verbis*.

---

(1) Cod. 4. 6. *De condict. ob caus. dat.* 10. const. Diocl. et Maxim. — (2) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 3. §§ 3 et 4; 5. § 3. f. Ulp.; 16. f. Cels. — 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. Paul.; 17. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 19. 3. *De æstimatoria.* 1. pr. f. Ulp. — (4) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 3. f. Paul. — Cod. 2. 21. *De dolo malo.* 4. const. Dioclet. et Maxim. — (5) *Do ut des, do ut facias*, la chose donnée peut se répéter, il y a la condiction, je ne suis pas livré à votre discrétion; — *facio ut facias*, les deux parties sont sur le même pied, l'une ou l'autre peut commencer à faire; — mais *facio ut des*, et lorsque j'ai fait l'acte, les démarches, les services ou le travail convenus, chose irrévocable, pour la récompense de laquelle je suis maintenant à votre discrétion, vous me refusez la chose convenue en retour, la mauvaise foi est plus grave, action *de dolo malo*. — (6) Inst. 3. 24. § 1.

1604. Après ces notions générales sur les contrats innommés, il est bon de signaler quelques-uns de ces contrats, qui avaient plus particulièrement attiré l'attention des jurisconsultes romains.

Le contrat estimatoire (*de æstimato*) est de ce genre. Ici une personne reçoit une chose avec estimation, en se chargeant de la vendre et d'en tenir compte, après vente, au prix d'estimation convenu, quel que soit celui qu'elle en aura retiré; ou bien de la rapporter si elle n'a pu parvenir à la vendre. — Après discussion, dans la jurisprudence, pour savoir s'il est possible d'assimiler cette convention à une vente, à un mandat ou à un louage de service, il est reconnu qu'elle a un caractère particulier; que l'obligation y est engendrée seulement *re*, et qu'on y appliquera l'action *præscriptis verbis*, qui prend ici la qualification particulière de *æstimatoria*, ou de *æstimato* (1). C'est une de celles dont Justinien nous dit textuellement qu'elle est de bonne foi (ci-dess., n° 1602). La question des risques s'y résout diversement suivant les circonstances, et notamment suivant que l'initiative de la convention est venue de l'une ou de l'autre des parties (2).

1605. L'échange, dont le nom latin, *permutatio*, emporte l'idée de la mutation de propriété effectuée, n'est également qu'un contrat de cette nature, formé, non par le consentement seul des parties, mais par la dation d'une chose pour qu'une autre soit donnée en retour : « *do ut des*. » Tout ce que nous venons de dire des contrats innommés en général, tant par rapport à l'action *præscriptis verbis* qu'à la *condictio*, s'y applique. On voit par là combien l'échange diffère de la vente dans ses effets et dans les actions qui en résultent. Il faut remarquer encore comme différence saillante que, dans l'échange, la convention entre les parties est de se transférer réciproquement la propriété : « *do ut des; — utriusque rem fieri oportet :* » ce qui n'a pas lieu pour la vente. De telle sorte que si l'un des contractants a livré une chose qui n'était pas à lui, il n'y a pas eu permutation. « Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem; » et celui qui a reçu ainsi la chose d'autrui peut immédiatement répéter la sienne par la condiction, ou agir en dommages-intérêts par l'action *præscriptis verbis* (3). Cette action *præscriptis verbis quæ ex permutatione competit* est encore une de celles que Justinien nous dit textuellement être de bonne foi (ci-dess., n° 1602).

1606. On peut ranger encore dans la classe des contrats formés *re* le cas de précaire (*precarium*) : cependant avec quelques distinctions. Les Romains appelaient *precarium* l'objet même qui, sur les prières d'une personne, lui était concédé gratuitement

(1) Dig. 19. 3. *De æstimatoria*. — (2) *Ibid*. 1. § 1. f. Ulp. — 19. 5. *De præscript. verb*. 17. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 19. 4. *De rerum permutatione*. — Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis*. — 19. 5. — *De præscript. verb*. 5. § 1. f. Paul.

en usage, tant qu'il plairait au concédant de le lui laisser : « Precarium est quod precibus petentis utendum conceditur (tamdiu) quamdiu is qui concessit patitur (1). » Ce fait d'une prière, d'une demande faite par le concessionnaire, ou par quelqu'un soumis à sa puissance, est ici caractéristique, quoique non indispensable : *precario rogare, precarii rogatio* sont des termes consacrés et sans cesse reproduits (2); c'est de là que vient le nom de *precarium*. La condition essentielle de cette concession, c'est que l'objet remis à précaire sera restitué dès que le voudra le concédant (*precarium revocare volenti competit*) : à tel point qu'eût-il même assigné un terme à sa concession, il n'en aurait pas moins le droit de redemander la chose avant ce terme, dès qu'il désirerait la ravoir (3).

1607. Cette convention, même suivie de la tradition, n'était pas rangée, chez les Romains, au nombre des contrats déterminés par le droit civil. Elle prenait son origine dans le droit des gens (*quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit*) et avait de l'analogie avec le commodat (*et est simile commodato*); mais le droit civil ne l'avait pas accueillie au nombre des contrats, ni investie d'une action spéciale, comme il avait fait pour le commodat. C'était le préteur qui avait pourvu à la sanction de cette convention, en donnant au concédant un interdit, l'interdit *de precario*, pour se faire restituer la chose par lui concédée, dès qu'il le voudrait (4). Aussi quelques personnes rangent-elles, à cause de cela, le précaire au nombre des pactes prétoriens. — Néanmoins, comme l'obligation principale du précaire était de rendre, cette obligation ne pouvait naître qu'à la suite de la tradition de la chose, et comme cette tradition pouvait paraîtr constituer par elle-même une cause civile d'obligation formée *re*, suivant la voie équitable dans laquelle était entrée la jurisprudence, on finit par admettre que le concessionnaire était obligé civilement, et par donner contre lui, au concédant, l'action *præscriptis verbis*, pour obtenir la restitution : « Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus; sed etiam *præscriptis verbis* actione, quæ ex bona fide oritur (5). » [illegible]'où la classification de cette convention, par d'autres interprètes, [illegible] le nombre des contrats innommés, formés *re*.

1[illegible]8. Le droit du précaire passait aux héritiers du concédant; [illegible]ais non à ceux du concessionnaire, la liberté étant toute per[illegible]nelle : « Precario rogatio et ad heredem ejus qui concessit, [illegible]sit; ad heredem autem ejus qui precario roga-

(1) Dig. 43. 26. [illegible] et 8. f. Ulp. — Paul. [illegible]recario. 1. pr. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 2. § 3; 4. § 2; et 12. pr. f. Cels. — (4, 5. 6. §§ 11 et 12. — (3) *Ibid.* 2. § 2. f. Ulp.; Le texte de Julien (*Ibid.* 1l. 2. pr. f. Ulp. — (5) *Ibid.* 2. § 1. f. Ulp. — *præscriptis verbis*, est évide[illegible]), qui semble assimiler la *condictio* à l'action [illegible] altéré (lire *vel* au lieu de *id est*).

vit, non transit (1). » A un tel point que dans la rigueur du raisonnement, une fois le concessionnaire mort, le droit de réclamer la chose existait contre l'héritier en vertu des règles ordinaires sur la propriété, et sans qu'il fût nécessaire de recourir à l'interdit spécial (2).

1609. Quant aux effets de la tradition à précaire, sous le rapport, non des obligations, mais des droits réels qui en résultaient, ils avaient cela de remarquable que le concessionnaire obtenait ainsi la possession de la chose, possession véritable quoique révocable à la volonté du concédant : à moins qu'il n'eût demandé expressément la chose seulement pour la détenir et non pour la posséder (*non ut possideret, sed ut in possessione esset*) (3). Aussi l'interdit *de precario* était-il un interdit restitutoire (4).

1610. Enfin la transaction (*transactio*), lorsqu'elle n'avait pas été faite sous forme de stipulations, mais qu'elle était restée dans les termes d'un simple pacte, ne devenait obligatoire que par l'exécution ou le commencement d'exécution de l'une des parties, donnant naissance à l'action *præscriptis verbis*, et elle se range ainsi également parmi les contrats innommés (5).

### *Pactes munis d'action par le droit prétorien, ou pactes dits pactes prétoriens* (pacta prætoria).

1611. Le préteur a procédé, en certains cas, autrement. Il a distingué certaines conventions particulières, qu'il a rendues obligatoires par l'effet seul du consentement, en les investissant d'une action spéciale de sa création. Ces conventions sont celles qu'on nomme, dans la doctrine, pactes prétoriens (*pacta prætoria*).

1612. Au nombre de ces pactes, le plus remarquable, sans contredit, est le pacte de constitut. Une dette existant déjà, soit civile, soit prétorienne, ou même purement naturelle (6), si le débiteur, ou même un autre que lui, promettait, sans stipulation ni contrat *litteris*, mais par simple pacte, de payer cette dette préexistante, le préteur considérait cette promesse comme obligatoire et donnait une action prétorienne pour en poursuivre l'exécution. Ce pacte est ce que les Romains nommaient *constitutum*, le constitut. Il tirait son origine d'une institution analogue du [illegible]oit civil, que le préteur avait imitée en la généralisant.

1613. En effet, l'usage des banquiers faisant le cor[illegible]erce de l'argent, et nommés, à cause de cela, *argentarii*, [illegible] pratiqué et sanctionné par le droit civil dès les temps anci[illegible]. Souvent le

(1) *Ibid*. 12. § 1. f. Cels. — (2) PAUL. Sent. 5. 6. [illegible] — Voir néanmoins Cod. 8. 9. *De precario*. 2. const. Dioclet. et Maxim. f. Julian. — (3) DIG. 41. 2. *De adquir possess*. 10. pr. et § 1. f. Ulp. — 41. 3. 3[illegible] *De transactionibus*. — (4) DIG. 43. 26. 2. § 1. f. Ulp. — (5) DIG. 2. 15. et COD[illegible] — (6) DIG. 13. 5. *De pecun. const*. 1. §§ 6 à 8. f[illegible]

client, en rapport d'affaires avec un *argentarius*, lorsqu'il se trouvait débiteur de quelqu'un, menait ce créancier chez son banquier, qui payait pour son compte, ou du moins qui promettait de payer à tel jour déterminé. On appelait cela *recipere*, c'est-à-dire *recevoir jour pour le payement;* et par exception aux règles ordinaires, cette promesse du banquier, quoique faite sans solennité, ni *verbis*, ni *litteris*, mais par simple convention, était reconnue obligatoire par la jurisprudence civile, et il en résultait une action de droit civil, nommée *actio receptitia*.

Le préteur ne fit que généraliser cette institution, et appliquer à tous sans distinction ce qui n'avait lieu, en droit civil, que pour les banquiers, lorsqu'il établit, par son édit, que dans les cas où une personne quelconque aurait, même par simple pacte, donné, constitué un jour pour le payement d'une dette préexistante, il ferait exécuter cette convention. De même que *recipere* signifiait *recevoir jour pour le payement*, de même *constituere* signifia *donner jour pour le payement d'une dette préexistante;* et il en résulta une action prétorienne nommée *actio de constituta pecunia;* comme de la simple indication du jour donnée par le banquier naissait l'action civile *receptitia :* — sauf, entre ces deux actions, quelques différences importantes, que nous exposerons plus loin.

1614. L'indication d'un jour fixe pour le payement était tellement de l'essence du constitut, que, s'il n'y avait eu que la simple convention de payer, sans constitution du jour, on aurait pu soutenir subtilement qu'on ne devait pas. Mais le jurisconsulte Paul nous enseigne que, dans ce cas, on donnera un léger délai, de dix jours au moins (1).

1615. Le texte même de l'édit, sur cette institution prétorienne, nous est conservé en majeure partie, dans les fragments du Digeste (2). « Hoc edicto, dit Ulpien, prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit : quoniam grave est fidem fallere (3). »

Maintenant, si nous voulons rechercher quelle était l'utilité ou la portée de cette innovation du préteur, nous la trouverons plus grande qu'elle ne le paraît à la première vue. Disons d'abord que cette promesse par simple pacte de payer la dette préexistante ne changeait rien à l'existence de cette dette; elle ne formait pas une nouvelle obligation éteignant la première et s'y substituant; mais c'était une obligation nouvelle et concomitante, qui laissait subsister la première telle quelle (4). Seulement le payement devait éteindre les deux à la fois : « *Solutio ad utramque obligationem*

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta*. 21. § 1. f. Paul. — (2) *Ibid*. 1. § 1.; et 16. § 2. f. Ulp. — Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*. — (3) Dig. *Ibid*. 1, pr. f. Ulp. — (4) Suivant notre savant collègue M. Bodin (*Du pacte de constitut.*, *Revue de droit français et étranger*, tom. XII, p. 209 et suiv.), il pouvait y avoir, d'après l'intention des parties, une sorte de novation prétorienne.

*proficit* (1). » — Cela posé, si l'on suppose que la première fût une obligation reconnue par le droit civil, ou même seulement par le droit prétorien, et déjà munie, par conséquent, d'une action, le constitut fait par le débiteur lui-même, sauf l'avantage d'avoir deux actions, souvent de nature diverse, au lieu d'une, ne présentera de notable utilité qu'autant que les parties auront apporté dans ce pacte de payement quelques modifications à ce qu'exigerait l'obligation préexistante. C'était, en effet, ce qui pouvait avoir lieu et ce qui devait le plus fréquemment se rencontrer en cas pareil (2). Mais si l'on suppose que la première obligation ne fût qu'une obligation naturelle, provenant, par exemple, elle-même d'un simple pacte, et par conséquent dépourvue d'action, le constitut, ou pacte de payement, vient donner au créancier l'action qui lui manquait. De telle sorte qu'en définitive c'est le moyen d'obtenir en deux fois, c'est-à-dire en deux pactes, ce qu'on ne pourrait obtenir en un seul (3). — Enfin, dans tous les cas, si le constitut est fait par un tiers autre que le débiteur, il présente une grande utilité; car ce tiers se trouve obligé comme caution de la dette d'autrui, sans qu'il y ait eu de sa part ni mandat ni fidéjussion : c'est une autre espèce d'intercesseur par simple pacte. — On voit qu'en définitive le constitut est un moyen facile et ingénieux, soit de modifier par simple pacte le payement d'une obligation même civile, soit de rendre obligatoire, par simple pacte, le payement d'une obligation purement naturelle, soit enfin de se rendre, par simple pacte, caution de la dette d'autrui.

1616. Le constitut ne s'appliquait, dans son origine, qu'aux obligations de choses *quæ numero, pondere, mensurave consistunt,* désignées sous la dénomination générale de *pecunia;* Justinien l'a étendu à toutes sortes de choses, et il a fondu en tous points dans l'action prétorienne *de constituta pecunia* l'ancienne action civile *receptitia* (4).

1617. On compte aussi au nombre des pactes prétoriens le pacte de serment extrajudiciaire, investi par l'édit d'une action prétorienne, sur laquelle nous aurons à revenir (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, §§ 8 et 11).

### *Pactes munis d'action par le droit impérial, ou pactes dits pactes légitimes* (pacta legitima).

1618. Les constitutions impériales firent, à leur tour, pour certaines conventions, ce que l'édit du préteur avait fait pour quelques autres : elles les rendirent obligatoires et leur firent produire action par le seul consentement des parties. Mais, bien

(1) *Ibid.* 18. § 3. f. Ulp.; et 28. f. Gai. — (2) *Ibid.* 1. § 5. f. Ulp.; 4. f. Paul.; 3. pr. f. Ulp.; et 25. pr. f. Papin. — (3) *Ibid.* 1. § 7. f. Ulp. — (4) Cod. 4. 18. *De constitut. pecun.* 2. const. Justinian.

que ces constitutions eussent le caractère de lois et fissent partie du droit civil, les conventions ainsi sanctionnées par elles ne furent pas honorées du titre de *contrats*, dont la liste paraissait irrévocablement close; elles conservèrent la dénomination de pactes, à laquelle on fut en droit d'ajouter l'épithète de *légitimes*. Paul nous donne en ces termes la définition de ces pactes: « Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur. » — Dans tous les cas où ils n'ont pas été investis d'une action spéciale, une action commune à tous leur est applicable, la *condictio ex lege*. Tel est le principe énoncé par le jurisconsulte Paul : « Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est (1). » — Au nombre des pactes légitimes se remarquent surtout la donation (*donatio*), et le simple pacte de constitution de dot (*de dote constituenda*), dont nous avons déjà traité (tom. II, n°s 573 et 584). Le pacte de compromis (*compromissum*) rentre aussi dans cette catégorie (2).

### *Des pactes nus* (nuda pactio; pactum nudum).

**1619.** Hors des cas divers que nous venons de parcourir, la convention reste dépourvue d'action. Nous la voyons quelquefois qualifiée par les juriconsultes romains de *nuda pactio, pactum nudum* (3); d'où la dénomination de pactes nus, usitée aujourd'hui. — Mais ces conventions ne sont pas restées dans la rigueur du strict droit civil, dénuées de tout effet. La jurisprudence les a reconnues comme produisant des obligations naturelles : c'est une des sources les plus abondantes de ce genre d'obligations. Il faut donc se reporter, pour la connaissance de leurs effets, à ce que nous avons déjà dit de l'obligation naturelle (ci-dessus, n° 1184). Le principal, c'est que, si l'occasion s'en présente, on pourra les faire valoir par exception. « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem (4) : *obligationem* est ici pour *actionem*). (App. 10, liv. 3.)

### *Conventions prohibées. — Le jeu* (alearum lusus); *le pari* (sponsio).

**1620.** Certaines conventions, par des motifs de moralité, de justice, de protection spéciale accordée à certaines personnes, ou d'ordre public, avaient été prohibées dans le droit romain (5).

Tels étaient, par exemple : le pacte que le créancier gagiste,

(1) Dig. 13. 2. *De condictione ex lege*. 1. f. Paul. — (2) Dig. 4. 8 et Cod. 2. 56. *De receptis arbitris*. — (3) Dig. 2. 14. *De pact*. 7. § 5, f. Ulp. — Cod. 5. 14. *De pactis conventis*. 1. const. Sever. et Antonin. — (4) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 5. f. Ulp. — (5) *Consultatio veteris jurisconsulti*, § 4.

faute de payement à échéance, ne pourrait pas faire vendre le gage (*ne vendere liceat*), ou que le gage lui resterait acquis sans aucune vente (*lex commissoria*) (1); les pactes ou stipulations d'intérêts au-dessus du taux fixé (ci-dessous, n°s 1661 et suiv.); l'intercession des femmes, d'après le sénatus-consulte Velléien (ci-dessus, n° 1410); les pactes dotaux contraires, soit à la destination de la dot (*functio dotis*), soit à la révérence due au mari (*contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est*) (2). De ce nombre étaient encore les conventions relatives à des jeux de hasard (*alearum lusus*) (3), et les paris (*sponsiones*) faits à l'occasion de pareils jeux (4).

1621. Les conventions faites contrairement à de telles prohibitions étaient frappées de nullité : « Pactum contra jus aut constitutiones aut senatusconsultum interpositum nihil momenti habet (5). » Soit qu'elles fussent restées dans les termes d'un pacte nu, soit qu'elles eussent été jointes à un contrat, soit qu'elles eussent été suivies d'un commencement d'exécution, soit même qu'elles eussent été revêtues des formes de la stipulation, aucun des effets dont nous avons parlé ci-dessus n'était produit. Elles ne valaient ni comme contrat *verbis*, ni comme pacte joint, ni comme contrat formé *re*, ni comme simple pacte produisant des obligations naturelles; elles ne pouvaient être invoquées ni par action ni par exception; elles n'étaient susceptibles ni d'être novées, ni d'être garanties par fidéjussion, par constitut, par hypothèque ou par aucune autre sûreté accessoire; et les conséquences du payement ou du commencement d'exécution fait par l'une des parties étaient la répétition par la *condictio indebiti* (6).

## TITULUS XXVII.

### DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

## TITRE XXVII.

### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT.

Après l'énumération des divers genres de contrats, traitons de ces obligations qui ne naissent pas, à proprement parler, d'un contrat, mais qui, ne prenant pas leur source dans un délit, semblent naître comme d'un contrat.

---

(1) Dig. 13. 7. *De pignerat. action*. 4. f. Ulp. 5 et 6. f. Pomp., et ci-dessus, tom. II, n° 601. — Cod. 8. 35. *De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda*, 3. const. Constantin. — (2) Paul. Sent. 1. 1. § 6. — Dig. 23. 4. *De pactis dotalibus*. 2 et 4. pr. f. Ulp.; 5. §§ 1 et 2. f. Paul.; 6. f. Ulp. 14 à 17. — Cod. 5. 14. *De pactis conv. tam super dote*, etc. const. 3. 6. 9 et 10. — Dig. 24. 3. *Soluto matrim*. 14. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 11. 5. *De aleatoribus*, et Cod. 3. 43. *De aleatoribus et alearum lusu*. — (4) Dig. 11. 5. 3. f. Marcian. et 19. 5. *De præscriptis verb*. 17. § 5. f. Ulp. — (5) Paul. Sent. 1. 1, § 4. — (6) Dig. 12. 6. *De condict. indebiti*. 26. §§ 1 et 2. f. Ulp. — Cod. 4. 32. *De usuris*. 18 et 26. § 1. — Cod. 4. 29. *Ad sen. cons. Velleian*. 9. const. Gord. — Dig. 16. 1. *Ad sen. cons. Vell*. 8. § 3. f. Ulp. et 16. § 1. f. Julian. — Dig. 11. 5. *De aleat*. 4. §§ 1 et 2. f. Paul. — 19. 5. 17. § 5. f. Ulp.

**1622.** Nous avons déjà expliqué ces expressions : *quæ quasi ex contractu nascuntur* (n° 1198). Nous savons que, suivant la classification de l'ancienne jurisprudence romaine, les deux causes d'obligations mises nominalement en saillie sont uniquement : le contrat (*contractus*), et le délit (*maleficium* ou *delictum*); de telle sorte que, lorsque la jurisprudence a voulu classer d'autres causes qui ne rentraient ni dans l'une ni dans l'autre de celles-là, elle a dit d'elles qu'elles étaient des imitations, des figures variées de ces causes primitives (*variæ causarum figuræ*); elle les a rattachées soit au contrat, soit au délit, selon qu'elles offraient plus d'analogie avec l'un ou avec l'autre; et elle a dit que l'obligation naissait *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto*. D'où l'on a fait, dans notre droit, par abréviation, les substantifs *quasi-contrats* et *quasi-délits*, pour désigner ces nouvelles sources d'obligations. Le texte, après les obligations résultant des contrats (*ex contractu*), expose celles qui naissent *quasi ex contractu*.

**1623.** L'obligation, comme tout droit, ici comme partout, est engendrée par un fait. Mais ce fait a cela de particulier : d'une part, qu'il ne contient aucune convention, aucun accord de volontés entre les parties sur l'obligation qu'il fait naître, de telle sorte qu'on ne peut pas dire qu'il soit un contrat; d'autre part, que ce fait étant licite, on ne peut pas dire non plus qu'il soit ni un délit, ni même la figure d'un délit. Et comme, en définitive, il se rapproche plus du contrat que du délit, c'est au contrat qu'on le rattache. — Les principaux de ces faits dont traite successivement notre texte sont : 1° la gestion des affaires d'autrui, sans mandat exprès ni tacite (*negotiorum gestio*); 2° la tutelle et la curatelle, 3° la communauté, soit de choses particulières, soit d'universalités, existant entre plusieurs, sans convention de société (*communio incidens*); 4° l'acceptation d'une hérédité; 5° et enfin le payement fait, par erreur, d'une chose non due (*solutio indebiti*). En y regardant de plus près, on trouve cette particularité bien remarquable que le plus grand nombre de ces faits générateurs d'obligations ont leur analogue dans un contrat déterminé du droit civil, dont ils sont comme la figure. Ainsi, la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle sont comme des figures variées du contrat de mandat; la communauté accidentelle est comme la figure du contrat de société; enfin, le payement, par erreur, de l'indû, est le plus souvent comme la figure du contrat de *mutuum*. Mais cette analogie plus intime ne se présente pas pour tous les cas. Et d'ailleurs, il ne s'agit jamais que d'une figure bien imparfaite, puisque le trait commun et caractéristique de ces faits, c'est l'absence de convention entre les parties. — Le principe de raison qui domine ces faits, et qui motive la plupart des obligations nées comme d'un contrat, c'est que nul ne doit s'enrichir du bien d'autrui. Cependant cet autre principe, qu'on est tenu de réparer le préjudice occasionné à autrui par sa faute, y figure aussi,

quoique plus rarement. Et comme les jurisconsultes romains ont rangé dans cette classe diverses obligations imposées par la loi à cause de certaines relations, un autre principe s'y rencontre encore : celui de l'utilité commune, et des devoirs de famille ou de société.

I. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio : negotiorum autem gestori, contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit : ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

1. Ainsi, lorsque quelqu'un a géré les affaires d'un absent, il naît entre eux, de part et d'autre, des actions appelées *negotiorum gestorum*, action directe pour celui dont l'affaire a été gérée contre le gérant, action contraire pour ce dernier. Il est évident que ces actions ne naissent en réalité d'aucun contrat; car elles ont lieu lorsque, sans mandat, quelqu'un s'est ingéré dans les affaires d'autrui : par là, ceux dont les affaires ont été gérées sont obligés, même à leur insu. C'est par utilité que ceci a été admis, pour que les affaires des absents, forcés de partir subitement et en hâte, sans en avoir confié l'administration à personne, ne restassent pas à l'abandon; car nul, sans doute, ne s'offrirait pour y donner des soins, s'il ne devait avoir aucune action pour les dépenses qu'il y aurait faites. Mais, de même que celui qui a géré d'une manière utile les affaires d'un autre a celui-ci pour obligé, de même à son tour, il est tenu de rendre compte de son administration. Ce compte doit être rendu jusqu'à concurrence de la diligence la plus exacte; car il ne suffit pas au gérant d'apporter à la gestion les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires, toutes les fois qu'un autre plus diligent administrerait mieux.

II. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones; non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed, ex contrario, tutor cum pupillo habet contrarium tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

2. Les tuteurs, tenus de l'action de tutelle, ne sont pas non plus obligés, véritablement, par un contrat (car il n'intervient aucun contrat entre le tuteur et le pupille); mais comme ils ne le sont pas, bien certainement, par un délit, ils semblent obligés comme par un contrat. Dans ce cas aussi il y a actions mutuelles; car le pupille n'est pas le seul à avoir l'action de tutelle contre son tuteur; celui-ci, à son tour, a contre le pupille l'action contraire de tutelle, s'il a fait, pour les affaires de ce dernier, quelques dépenses, contracté quelque obligation, ou engagé quelque chose.

1624. Aux deux cas exposés dans ces deux paragraphes, il faut joindre celui de la curatelle, et l'on aura les trois sortes de faits qui présentent comme une figure imparfaite du contrat de

mandat : la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle. Les obligations résultant de ces faits sont protégées par des actions réciproques entre les parties, et divisées, à l'exemple de celles du mandat, en actions directes et actions contraires. Pour la gestion d'affaires : *negotiorum gestorum actio directa*, au maître dont l'affaire est gérée; et *actio contraria* au gérant. Pour la tutelle, *tutelæ actio directa* au pupille, à la fin de la tutelle; et *actio contraria* au tuteur. Enfin, pour la curatelle, nous savons que, faute d'action spéciale, on avait donné, par extension et par utilité, une sorte d'action de gestion d'affaires : *utilis negotiorum gestorum actio directa*, à celui dont la curatelle était gérée, et *actio contraria* au curateur (tom. II, n° 285).

**III.** Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo* judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus; quippe nihil inter se contraxerunt : sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

**3.** De même, si une chose est commune entre plusieurs sans qu'il y ait entre eux société, par exemple, parce qu'elle leur a été léguée ou donnée conjointement, et que l'un d'eux soit tenu envers l'autre par l'action *communi dividundo* pour avoir seul perçu les fruits de cette chose, ou parce que l'autre y aurait fait des impenses nécessaires, il n'est pas obligé, en réalité, par un contrat, puisqu'il n'y a eu entre eux aucun contrat, mais comme il ne l'est pas par un délit, il semble l'être comme par un contrat.

1625. *Necessarias impensas*. Notre texte ne parle que des impenses nécessaires; mais beaucoup d'autres disent, les impenses en général, sans distinguer si elles étaient nécessaires ou simplement utiles (1). Toutefois, il est vrai qu'autrefois quelques auteurs pensaient que les communistes ne pouvaient avoir d'action que pour les impenses nécessaires. Cette opinion avait prévalu pour la dot (2), et il est probable que le rédacteur de notre paragraphe l'aura partagée. Cependant, rien ne nous force de penser, surtout en présence des textes nombreux insérés au Digeste, que Justinien, en indiquant seulement les impenses nécessaires, ait voulu exclure les autres (3).

**IV.** Idem juris est de eo qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

**4.** De même de celui qui, pour les mêmes motifs, est tenu, envers son cohéritier, par l'action *familiæ erciscundæ*.

1626. Les deux cas indiqués par les deux paragraphes qui précèdent sont ceux qui présentent comme des figures variées

(1) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 6. pr. et § 3. f. Ulp.; 11. f. Gai. 12. f. Ulp. 14. § 1. f. Paul. 22. f. Pomp. 29. f. Paul. — Dig. 17. 2. *Pro socio*. 34. f. Gaius. et 65. § 13. f. Paul. — Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 46. f. Paul. — (2) Dig. 37. 7. *De dot. collat.* 1. § 5. Ulp. — (3) Voy. M. Schrader, *hic*; voy. cependant la *Glossa Taurin.*, *hic*.

du contrat de société, savoir, la communauté accidentelle dans une propriété par indivis, ou dans une hérédité. En l'absence de l'action *pro socio,* une seule et même action est ouverte ici à chaque communiste : l'action *communi dividundo,* dans le cas de copropriété par indivis; l'action *familiæ erciscundæ,* dans le cas de cohérédité. Nous savons que le but principal de ces actions est de faire opérer le partage et cesser ainsi l'indivision. Qu'en conséquence elles emportent principalement et nécessairement une adjudication (voir tom. II, n° 319, et ci-dessus, n° 1547). Mais le juge avait aussi le pouvoir de prendre en considération tout ce dont les copropriétaires ou les cohéritiers pourraient être redevables les uns envers les autres, soit pour frais de gestion dans la chose commune, soit pour perception de fruits, pour détériorations, pour inégalités de lots, ou pour toutes causes semblables, et de prononcer, en conséquence, des condamnations. Nous avons suffisamment indiqué déjà (ci-dessus, n° 1547) les différences qui séparent l'action *communi dividundo* de l'action *pro socio.*

1627. On peut rapprocher de ces deux cas celui de la confusion des limites entre propriétés voisines : bien qu'ici il n'y ait pas copropriété, communauté, comme dans les deux cas précédents. Néanmoins, ce fait établit entre les propriétaires voisins des obligations réciproques de faire opérer la démarcation des limites, et de se rendre compte de ce dont ils seraient redevables l'un envers l'autre par suite de la confusion. L'action attribuée, dans ce but, à chacun des propriétaires voisins, est l'action *finium regundorum* (1). Elle a cela de remarquable, qu'elle peut contenir aussi *adjudication,* si le juge trouve convenable de changer en certains endroits les limites, sauf à faire tenir compte aux parties de ce changement.

V. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto, ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

5. L'héritier est aussi obligé envers le légataire, non en vertu d'un contrat, puisqu'on ne peut pas dire que le légataire ait fait aucun contrat, soit avec l'héritier, soit avec le défunt; et cependant comme l'héritier n'est pas obligé par un délit, il semble l'être comme par un contrat.

1628. Nous avons déjà expliqué (tom. II, n°° 389 et suiv.) les obligations de l'héritier quant aux legs dont il est chargé, et les actions attribuées, à ce sujet, au légataire. Cette espèce d'obligation *quasi ex contractu* ne peut se comparer à aucun contrat déterminé.

VI. Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu de-

6. De même celui à qui, par erreur, une chose non due a été payée, paraît

(1) Dig. 10. 1, et Cod. 3. 39. *Finium regundorum.* — Ci-dessous, liv. 4. tit. 17. *De offic. jud.* § 4 à 7.

bere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is qui accipit obligatur ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.

être débiteur comme par un contrat. Il est si vrai que son obligation ne vient pas d'un contrat, qu'à raisonner plus rigoureusement, nous pourrions dire, comme nous l'avons déjà fait, qu'il est obligé par un acte de dissolution plutôt que de formation de contrat. Car celui qui donne de l'argent en payement, le donne plutôt pour dissoudre que pour former un contrat. Cependant celui qui le reçoit est obligé comme s'il lui avait été donné en prêt, et, par conséquent, il est soumis à la *condictio*.

1629. Quiconque paye ce dont il sait ne pas être débiteur ne fait pas un payement pour se libérer, il fait plutôt, suivant le droit romain, une libéralité. La répétition n'est donc accordée, dans cette législation, qu'à celui qui paye par erreur ce qu'il croit devoir et ce qu'il ne doit pas réellement. Toutefois, l'on n'accorderait pas la *condictio indebiti* à celui qui, étant obligé en vertu du droit naturel, acquitterait son obligation, se croyant, à tort, obligé en vertu du droit civil : parce que, si l'obligation naturelle ne suffit pas pour donner action, elle suffit pour motiver un payement.

1630. Au reste, notre texte, disant que celui qui a reçu une somme non due est obligé comme s'il l'avait reçue en *mutuum*, considère celui qui a reçu cette somme comme en étant devenu propriétaire : l'erreur n'empêche donc pas ici la translation de propriété; de telle sorte que le payement fait par erreur donnerait lieu à l'usucapion si la chose payée était chose d'autrui, pourvu, sans contredit, que celui qui l'aurait reçue fût de bonne foi. — Les fous et les pupilles ne pouvant pas aliéner, il en résulte qu'un payement fait par eux, soit sciemment, soit par erreur, ne donne lieu à aucune *condictio*, mais bien à la revendication, si les sommes payées existent encore; si elles n'existent plus, alors, et seulement alors, il y a lieu pour eux à la *condictio*. Si c'est à un fou ou à un pupille non autorisé que le payement de l'indû a été fait, comme ils ne peuvent s'être obligés en recevant, on n'a contre eux la *condictio indebiti* que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis au moment de la *litis contestatio*.

1631. Lorsque le payement de l'indû fait par erreur a pour objet des choses de genre, *quæ pondere, numero, mensurave constant*, la propriété en étant transférée par le payement, et la *condictio indebiti* ayant pour but, de même que la *condictio certi* du *mutuum*, de redemander des choses semblables, en mêmes quantité et qualité, le fait du payement de l'indû présente une grande analogie avec le *mutuum* et a pu lui être imparfaitement comparé. Mais ce cas n'est pas le seul auquel s'appliquent les effets de la *solutio indebiti*. Dans ces expressions doivent être

considérées comme comprises toutes espèces de prestations quelconques accomplies par erreur au profit d'un autre, quoiqu'elles ne lui fussent pas dues : non-seulement la dation ou la livraison de choses quelconques, mais l'exécution d'un fait, le cautionnement d'une obligation, la souscription d'un chirographe, l'abandon d'un droit, la remise d'une dette. Dans ces divers cas, la *condictio indebiti* ne peut plus avoir pour but de se faire restituer en propriété des choses semblables, en mêmes quantité et qualité ; mais seulement de faire rétablir les faits ou les droits, si ce rétablissement est possible, et s'il ne l'est pas, de se faire indemniser (1). En cas pareil, il est évident que le payement de l'indû n'offre plus d'analogie avec le *mutuum;* ni la *condictio indebiti* avec la *condictio certi.*

**VII.** Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse : veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ *certa constituta* per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt. Quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

**7.** Dans quelques cas, cependant, la répétition de ce qui a été payé par erreur sans être dû ne peut avoir lieu. Ainsi l'ont décidé les anciens pour les cas dans lesquels le montant des condamnations augmente s'il y a dénégation : par exemple, pour ce qui était demandé en vertu de la loi *Aquilia,* ou en vertu d'un legs. Cette règle n'était appliquée par les anciens qu'en cas de legs d'une valeur déterminée, faits *per damnationem.* Mais notre constitution ayant attribué à tous les legs et fideicommis une même nature, a étendu à tous cet accroissement par suite de la dénégation ; toutefois, elle ne l'a pas accordé à tous les légataires, mais seulement en cas de legs et de fidéicommis laissés aux saintes églises et aux lieux vénérables, honorés ainsi par esprit de religion ou de piété. Ces legs, quoique payés indûment, ne sont pas sujets à répétition.

1632. Dans tous les cas où la dénégation aurait eu pour effet, en cas de condamnation, de faire croître le montant de ces condamnations, on considère le payement comme fait moins par erreur que par une sorte de transaction, pour éviter la chance d'être condamné au double. En conséquence, la *condictio indebiti* n'a pas lieu.

*Certa constituta.* Théophile nous donne pour exemple de legs *per damnationem certa constituta* celui fait de la manière suivante : JE TE CONDAMNE, MON HÉRITIER, A DONNER A TITIUS CENT ÉCUS D'OR ; et pour exemple d'un legs *per damnationem* dont l'objet est *incertum constitutum :* JE TE CONDAMNE, MON HÉRITIER, A DONNER A TITIUS LA SOMME QUI EST DANS MON COFFRE.

(1) DIG. 12. 6. *De condict. indeb.* 22. § 1. fr. Pomp.; 26. § 12; et 31. f. Ulp.; 39 et 40. § 2. f. Marcian. — COD. 4. 5. *De condict. indeb.* 3. const. Dioclet. et Maxim.

*Nostra autem constitutio*. La constitution dont parle Justinien, si elle doit contenir textuellement les dispositions que mentionne ici cet empereur, n'existe plus; mais il est plus probable qu'il a voulu dire que de cette constitution on pouvait tirer les conséquences qu'il signale dans notre texte; alors cette constitution se trouve dans son Code (6. 43. *Comm. de legat.* 2. — 1. 3. *De episcop.* 46, § 7).

*Ceterisque venerabilibus*. Ces autres lieux vénérables étaient les monastères, les lieux de refuge pour les étrangers, pour les mendiants, pour les orphelins, pour les nouveau-nés, pour les vieillards (1).

## *De la prestation des fautes.*

1633. Maintenant que nous venons de parcourir toutes les obligations nées de contrats, ou comme de contrats, nous possédons les éléments nécessaires pour voir jusqu'à quel point les jurisconsultes romains avaient systématisé, en cette matière, une doctrine importante, dont on s'est préoccupé beaucoup, et sur laquelle on a publié, surtout en Allemagne, depuis le commencement du siècle jusqu'à ce jour, un grand nombre de monographies : je veux parler de la théorie des fautes. Il ne nous reste, pour ainsi dire, sur ce point, qu'à nous résumer.

1634. Le dommage qu'une personne éprouve peut provenir ou d'un cas fortuit (*casus*), d'une force majeure (*vis major*), que l'homme est impuissant à prévoir ou à écarter; ou d'un fait, d'une omission provenant d'une autre personne. — Nul, à moins de convention contraire, n'est responsable des cas fortuits, ni de la force majeure (2). C'est à celui qui a un droit, soit de propriété (ou tout autre droit réel), soit de créance, à souffrir des accidents fortuits ou de force majeure par lesquels l'objet de son droit peut être frappé, ou, comme on dit, à en courir le risque (*periculum*). — Quant aux faits ou aux omissions de l'homme, si celui-ci n'a fait qu'user de son droit, il n'en est responsable envers personne : « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet; » — « Non videtur vim facere, qui suo jure utitur (3). » mais si le fait ou l'omission sont illicites et imputables, c'est-à-dire de nature à être mis sur le compte de leur auteur, ils peuvent entraîner pour lui, en matière civile, l'obligation d'en réparer les conséquences. Quelque analogie qu'aient ces faits avec les cas de délits ou d'obligations nées comme d'un délit, nous n'avons pas à nous en occuper ici sous ce rapport; nous devons les considérer exclusivement dans les cas de contrats ou d'obligations nées comme d'un contrat.

(1) Cod. 1. 2. *De sacrosanct. eccles.* 23. const. Justinian. — (2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 23. *in fine*. f. Ulp. — Cod. 4. 24. *De pignerat. act.* 6. const. Alexand. — (3) Dig. *Ibid.* 151 et 155. § 1. f. Paul.

1635. Les faits illicites, c'est-à-dire contraires au droit (*injuria*), portant préjudice à autrui et imputables à leur auteur, se divisent, chez les Romains, en dol (*dolus*) et en faute (*culpa*). Dol (*dolus*), lorsque de pareils faits ont été commis à dessein de nuire; faute (*culpa*), quand ils ont eu lieu sans intention nuisible. — Les conditions *sine qua non* pour qu'ils soient *imputables*, c'est-à-dire pour qu'ils puissent être mis sur le compte de la personne de qui ils proviennent, c'est que cette personne ait agi, dans ces faits, en état de raison et de liberté. Cela étant, cette personne en est *responsable*, c'est-à-dire qu'elle doit répondre à l'appel pour le règlement du compte qu'on est en droit de lui en demander. Nous avons montré ailleurs combien à faux sont employés trop souvent, même dans le langage courant de nos jurisconsultes, ces mots d'*imputable*, *d'imputabilité* (*Éléments de droit pénal*, nos 220 et suiv.). L'imputabilité, la responsabilité ont lieu pour les bonnes comme pour les mauvaises actions; les deux conditions *sine qua non* en sont toujours la raison et la liberté, et il n'y en a pas d'autres. Bonne ou mauvaise, aucune action ne peut être mise sur le compte d'une personne si cette personne n'a pas été libre, en la faisant, de la faire ou de ne pas la faire; aucun mérite ou démérite n'existe si elle l'a faite n'ayant pas sa raison. Ces règles générales et sans exception s'appliquent au dol et à la faute, de même qu'à tous les actes de l'homme.

1636. Le dol considéré dans l'acception où le prennent ici les jurisconsultes romains diffère, par certaines nuances, de celui qui est défini par Labéon, et qui a pour but de tromper une personne et de surprendre son consentement au moyen de quelque manœuvre (1). Ici il s'agit de tout préjudice illicite causé à dessein, même sans intervention de la personne lésée. Il y a une mesure bien caractéristique et bien facile à saisir : le dessein de nuire. — Dans tous les cas, on est obligé de réparer les conséquences de son dol; il n'est même pas permis de convenir d'avance qu'on n'en sera pas tenu : « Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur (2). »

1637. Le mot de faute (*culpa*) embrasse des idées diverses, et est susceptible de nuances variées. Un point commun, c'est l'absence d'intention nuisible. — A proprement parler, l'idée principale enfermée dans les deux mots, *culpa* en latin, *faute* en français, est celle d'un manquement à un devoir. Notre mot français, dont la racine est germanique, est tiré de l'image d'une chute (en allemand *Fall*, chute); d'où *faillir*, *faillite*, *failli*. Nous reproduisons la même image dans plusieurs autres expressions venues du latin, *rechute*, *récidive*; en notre ancien langage *relaps* et *rencheoir* (récidiver). La racine latine, *culpa*, a passé

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 1. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 27. § 3 f. Paul. — 50. 17. *De regul. jur*. 23. f. Ulp.

aussi chez nous dans notre vieux mot *coulpe;* et dans les termes consacrés de notre droit pénal, *coupable, culpabilité.* En ces derniers termes, l'acception est large, suivant son origine sans restriction, *manquement à un devoir.* Mais dans l'acception des jurisconsultes romains dont il s'agit ici, la signification est adoucie : *culpa,* manquement à un devoir sans intention de nuire.

1638. Cela posé, le dommage qui a eu lieu peut être le résultat soit d'actions, soit d'omissions préjudiciables : force impulsive dans un cas, simple inaction dans l'autre. Or l'on conçoit que si l'homme est généralement tenu de s'abstenir de toute action nuisible à autrui, il n'est pas également obligé de mettre son activité au service d'autrui, de veiller pour les intérêts d'un autre, et de répondre en ce point des résultats de son inaction. Mais des contrats, ou certaines relations particulières, peuvent venir lui imposer même cette dernière obligation, lui en faire un devoir; de telle sorte qu'y manquer soit pour lui une faute.

Cette activité, ces soins de l'homme, dans le but de détourner tout dommage qui pourrait survenir, reçoivent des jurisconsultes romains le nom de *diligentia:* on dit de celui qui y est tenu qu'il doit *præstare diligentiam;* et l'omission, la négation de cette activité, est la *negligentia,* ou l'*omissio diligentiæ :* « Magna negligentia culpa est, » dit le jurisconsulte Paul; la grande négligence est un manquement au devoir.

Quand cette activité doit s'appliquer à la garde, à la conservation d'une chose corporelle, elle prend le nom particulier de *custodia,* emportant ordinairement l'idée qu'on est responsable des vols, des détournements, des usucapions qu'une surveillance plus attentive aurait pu prévenir, et quelquefois même des risques fortuits de cette garde (1).

1639. Les jurisconsultes romains ont divisé bien ostensiblement la faute en deux degrés. — Un premier degré dans lequel ils lui donnent les qualifications de *culpa lata, culpa latior, magna culpa,* faute grave ou faute lourde, et qu'il avait prévalu parmi eux d'assimiler au dol, quant à la responsabilité des dommages-intérêts. « Magna culpa dolus est (2); » d'où la dénomination qu'ils lui donnent encore de *culpa dolo proxima.* — Un second degré, pour lequel nous rencontrons les diverses désignations de *culpa* en général, ou *omnis culpa; culpa levis, levior,* et, en un seul passage, *culpa levissima* (3), la faute légère.

1640. Mais ces degrés, ces épithètes ne sont rien si on ne nous donne le terme de comparaison, l'unité de mesure. Quel

(1) Voir ci-dessus, liv. 3. 23. § 3 et n° 1472; et ci-dessous, liv. 4. tit. 1. § 17. — (2) Dig. 16. 3. *Deposit.* 32 f. : « Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur. » — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 5. f. Gai. : « Magnam tamen negligentiam placuit in dolo cadere. » — 50. 16. *De verbor. signif.* 226. f. Paul. : « Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est. » — (3) Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 44. pr. f. Ulp.

sera donc, pour apprécier la faute, le terme auquel nous la comparerons? Pour cela deux procédés se présentaient : ou bien prendre un terme de comparaison absolu, dans les hommes considérés en général; ou bien prendre un terme de comparaison relatif, dans le caractère habituel de la personne même dont il s'agit d'apprécier les faits. Les jurisconsultes romains ont employé l'un et l'autre procédé.

1641. D'après le premier procédé, quant à la faute grave (*lata culpa*), on prendra pour type le commun inférieur des hommes; il y aura faute grave, en cas d'actes ou de négligences dommageables que le commun le plus grossier des hommes n'aurait pas commis, dont tous auraient compris les conséquences et que tous auraient pu éviter : « Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt; » — « Latæ culpæ finis est non intelligere quod omnes intelligunt; » ainsi la définissent, en termes presque identiques, Ulpien et Paul (1). — Au contraire, quant à la faute légère (*levis culpa*), on prendra pour type le père de famille le plus soigneux, le plus diligent (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Pour être exempt de toute faute, il faudra s'être conduit en tout comme se serait conduit un pareil homme : « Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset (2). » C'est ce que les jurisconsultes romains nomment *exacta, exactissima diligentia :* « Talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet (3). »

1642. Du reste, on voit suffisamment par là que ces diversités d'expressions, ces comparatifs ou ces superlatifs d'épithètes : *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima,* ne sont que des variations de style : c'est se perdre dans une confusion inextricable que de vouloir marquer à chacune une valeur distincte et graduée. Ceux qui l'ont prétendu, dans une phraséologie aussi variable, employée par des jurisconsultes différents, en des situations souvent fort diverses, en sont arrivés à une obscurité telle qu'on ne peut plus s'y reconnaître. Il a été longtemps de tradition dans les écoles de faire sortir de là trois degrés de faute : *lata, levis, levissima :* les divisions tripartites ont pour l'esprit humain un certain attrait auquel on a cédé plus d'une fois; mais avec celle-ci les textes du droit romain, au lieu d'en devenir plus clairs, sont jetés souvent en des contradictions ostensibles et inexplicables. Elle est plus généralement abandonnée aujourd'hui. En réalité, ce ne sont pas deux degrés, ni trois, ni quatre, qu'il y a dans la faute : c'est un nombre infini, ce sont des nuances multiples, parce que ni tous les devoirs ni tous les manquements au devoir n'ont la même

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. Ulp. et 223. pr. f. Paul. — (2) Dig. 19. 2. *Locat.* 25. § 7. — (3) Dig. 13. 6. *Commod.* 18. pr. f. Gai.

importance. Mais du moment que l'on veut compter, que l'on veut fixer des mesures, il faut une unité de mesure, je n'y connais absolument aucun autre moyen : or nous voyons que celle adoptée par les jurisconsultes romains, d'après le premier procédé que nous venons d'indiquer, ne comporte que deux degrés, mesurés sur deux types abstraits : ou le commun le plus grossier des hommes (*culpa lata*), ou le père de famille le plus diligent (*culpa levis*).

1643. D'après le second procédé, on prend pour type le caractère habituel de celui-là même dont il s'agit d'apprécier les actes, et on dit selon le cas : qu'il est obligé d'apporter même plus de soin qu'il n'en apporte habituellement à ses propres affaires : « *Nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit* (1) ; » ou seulement autant : « *Sufficit etenim talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* (2). » Ici c'est une autre mesure; mais il n'y a, non plus, que deux degrés : dans la première de ces obligations on dit qu'il est tenu même de la faute légère; dans la seconde, qu'il n'est tenu que de la faute grave. Il ne faut pas disputer à ce dernier cas, dans cette seconde manière de mesurer, la qualification de *culpa lata* ou *latior;* Celse la lui donne formellement, en assimilant cette faute au dol, de la part de celui qui en est tenu (3), et c'est précisément d'une faute de ce genre que Gaius a dit également : « Placuit in dolo cadere (4). »

1644. Dans le langage de la doctrine, on dit, à l'égard du premier procédé d'appréciation, que la faute est considérée *in abstracto;* et, à l'égard du second, qu'elle l'est *in concreto*. De l'une ou de l'autre manière, voilà une mesure appréciable; voilà pour un esprit sérieux, qui ne se paye pas d'épithètes, un moyen de se rendre compte. Laissez donc de côté, dans les textes des jurisconsultes romains, les épithètes : souvent ils n'en emploient aucune là où, pour le même cas, mais ailleurs, ils en font figurer de plusieurs sortes; laissez les comparatifs, les superlatifs; allez au fond des choses, et demandez-vous : La faute dont celui-ci est tenu est-elle mesurée d'une manière absolue sur le commun le plus grossier des hommes, ou sur le père de famille le plus diligent? ou bien est-elle mesurée d'une manière relative : même plus de soin qu'il n'en apporte à ses propres affaires, ou seule-

(1) Dig. 44. 7. *De oblig*. 1. § 4. f. Gai.; ci-dess. tit. 14. § 2, et tit. 27. § 1. — Et Paul également, Dig. 18. 6. *De pericul. rei vend*. 3 : « Ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet. » — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 72. fr. Gai. — 10. 2. *Famil. ercisc*. 25. § 16. f. Paul; et aussi Ulpien, Dig. 27. 3. *De tutor*. 1. pr. : « Et quantam in rebus suis diligentiam. » — (3) Dig. 16. 3. *Deposit*. 32. f. Cels. : « Quod Nerva diceret, *latiorem culpam dolum esse*, Proculo displicebat : mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit. » — (4) Dig. 44. 7. *De oblig*. 1. § 5. f. Gai.

ment autant? En définitive, même quand ils ne l'expliquent pas clairement, c'est toujours à l'une ou à l'autre de ces décisions que reviennent les textes.

1645. Mais la mesure des degrés de faute étant donnée, d'après quels principes sera-t-on responsable, dans les contrats ou dans les obligations nées comme d'un contrat, du premier seulement, ou même du second degré de faute : suivant le premier ou suivant le second procédé d'appréciation? Il n'y a pas là-dessus de principes généraux et absolus. Les jurisconsultes romains ont décidé selon les cas, d'après diverses considérations, dont il sera possible, toutefois, d'extraire quelques idées dominantes.

1646. La première de ces idées, celle qui exerce le plus d'influence sur les décisions des jurisconsultes romains, c'est que lorsque le contrat ou l'opération est ce que nous appelons aujourd'hui un contrat ou une opération de bienfaisance, à l'avantage d'une seule des parties, celle-ci est tenue de la faute calculée sur les soins du père de famille le plus diligent; tandis que l'autre partie n'est tenue que de son dol ou de la faute équivalente au dol. — Lorsque au contraire le contrat ou l'opération est ce que nous appelons aujourd'hui un contrat ou une opération à titre commutatif, pour l'avantage réciproque de l'une et de l'autre partie, chacun est tenu non-seulement du dol, mais encore de la faute, appréciée également d'une manière absolue, d'après les soins du père de famille le plus diligent. Nous trouvons ce principe nettement formulé par Africain, en ces termes : « Sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur (1). » Il est reproduit par Gaius, par Paul, par Ulpien (2), et finalement par Modestin, qui en présente l'autorité sous la forme la plus générale : « Sed in ceteris quoque partibus juris hæc regula custoditur, » et qui en suit les conséquences le plus à la lettre dans les exemples qu'il donne (3). Cependant ce principe à lui seul ne

(1) Dig. 30. *De legat.* 108. § 12. f. Afric. — (2) Dig. 13. 6. *Commodati.* 5. § 2; 18. f. Ulp. : « Quia nullius utilitas versatur apud quem deponitur. » — « Sed ubi utriusque utilitas vertitur. » — 23. 3. *De jure dotium.* 17. pr. f. Paul. : « Quia causa sua dotem accipit. » — 44. 7. *De obligationibus.* 1. § 5. f. Gai. : « Quia enim non sua gratia accipit, sed ejus a quo accipit. » — (3) Ce texte de Modestin n'est pas tiré du Digeste de Justinien; il se rencontre dans la Mosaicarum et Romanarum legum collatio, tit. 9. c. 2. Comme il n'était connu, d'après l'édition de Pithou, qu'avec une lacune de quelques lignes importantes pour la question qui nous occupe, et que cette lacune a été comblée, d'après d'autres manuscrits, dans les éditions publiées de nos jours, je crois devoir en rapporter ici ce qui concerne la responsabilité des fautes. On trouvera le passage en son entier dans l'édition que M. Blondeau a donnée de la *Collatio*, en 1838, dans son second volume de textes, p. 419. « Modestinus, *libro II differentiarum, de deposito et commodato.* § 1. Commodati judicio conventus etiam culpam præstare cogitur : qui vero depositi convenitur, de dolo non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque præstatur; in depositi vero

suffit pas ; d'autres circonstances, quelques autres considérations y apportent en plusieurs cas des modifications.

1647. La seconde idée que nous signalerons comme motivant ces modifications au principe précédent, c'est que celui qui est chargé de donner ses soins à une chose ou à une affaire dans laquelle il est lui-même intéressé pour sa part, doit en répondre d'après les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires. La faute se calculera pour lui, non pas sur la mesure absolue du père de famille le plus diligent (*non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens pater familias*); mais seulement sur cette mesure relative : autant de soins qu'il est dans son habitude d'en donner à ses propres affaires (*talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus*). Cette conclusion est bien raisonnable, car la chose ou l'affaire le concernant lui-même pour sa part, on trouve une garantie dans l'intérêt qu'il y a ; et on ne peut lui rien demander au delà, parce qu'il a un motif légal et personnel pour s'en mêler (*quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi*) (1).

Cette idée du motif légal qu'il a eu de se mêler de l'affaire se retrouve, quoique avec une nuance un peu différente, à l'égard de ceux auxquels les fonctions de surveillance ou de gestion sont imposées comme charge publique, sans qu'ils aient le droit de refuser : tels que les tuteurs ou curateurs (*causam habuit gerendi*); et elle produit alors la même conséquence : la mesure de la faute d'après leur aptitude et leur diligence accoutumée en leurs propres affaires.

1648. Enfin une troisième idée se rencontre exprimée quelquefois dans les textes : c'est que celui qui s'est confié à une personne peu soigneuse ne doit s'en prendre qu'à lui-même des pertes que la négligence de cette personne a pu lui faire éprouver.

---

causa sola deponentis utilitas vertitur, et ibi dolus tantum præstatur. § 2. Sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur : sic enim et in fiduciæ judicio, et in actione rei uxoriæ et dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. § 3. In mandati vero judicio dolus, non etiam (culpa deducitur : quamvis singulariter denotare liceat in tutelæ judicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam) tutoris utilitas in administratione versetur. § 4. Depositi damnatus infamis est : qui vero commodati damnatur, non fit infamis : alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur. » — Ce qui est dit ici du commodat est évidemment inexact; ce n'est que par des circonstances tout exceptionnelles que le commodat intervient dans l'intérêt des deux parties (ci-dess. n° 1218) : plusieurs des propositions contenues dans ce fragment ont aussi besoin d'explication, notamment ce qui concerne la *res uxoria* et la tutelle; le motif donné à l'infamie est bien loin d'être satisfaisant : le besoin de l'antithèse est encore là; quant au mandat, à l'égard duquel se trouvait la lacune des mots enfermés ici entre parenthèses, nous nous en expliquerons bientôt. En somme, nous ne sommes pas porté à accorder une grande valeur de doctrine à ce passage de Modestin, tel que nous l'a transmis le compilateur de la *Collatio*.

(1) Dig. 10. 2. *Familiæ erciscundæ*. 25. § 16. f. Paul.

Cette considération par elle-même n'est rien moins que concluante : s'aviserait-on de dire à celui qui a prêté, loué ou donné en gage son cheval, comme motif de diminuer les obligations de l'emprunteur, du locataire ou du détenteur gagiste : Pourquoi l'avez-vous prêté, loué ou remis en gage à une personne négligente? Cette idée n'est présentée par les jurisconsultes romains qu'à l'occasion de deux contrats dans lesquels le soin de bien choisir est plus impérieusement nécessaire : d'abord à l'occasion de la société, car il faut y regarder à deux fois avant de s'associer avec quelqu'un ; et ensuite à l'occasion du dépôt (1). Mais alors c'est par un motif bien plus déterminant que l'étendue de la responsabilité est fixée : quant au dépositaire, parce que le contrat est de sa part tout gratuit ; quant à l'associé, parce qu'il a intérêt pour sa part dans l'affaire. Le reproche de s'être mal adressé, même dans ces deux cas, n'est donc qu'une considération secondaire, qui vient se joindre à une raison prédominante et suffisante par elle seule.

1649. Si de ces principes généraux on passe, avec les textes des jurisconsultes romains, à l'application, on trouve qu'en définitive, les deux manières de mesurer les fautes, l'une absolue, l'autre relative, étant combinées ou associées entre elles le plus souvent dans leur résultat, il ne reste que deux sortes de responsabilité dans les fautes ; lesquelles, en laissant de côté comme équivoques et par conséquent trompeuses les épithètes de grave ou de légère, que dans la plupart des textes les jurisconsultes romains eux-mêmes se sont abstenus d'employer, peuvent se qualifier ainsi :

1° Responsabilité des fautes suivant les soins du père de famille le plus diligent ; plus de soin même qu'on n'a coutume d'en apporter dans ses propres affaires.

2° Responsabilité des fautes suivant son caractère habituel ; autant de soin qu'on a coutume d'en apporter dans ses propres affaires.

Cela dit, il ne nous reste plus qu'à citer par forme d'énumération, rangés dans ce cadre, les cas principaux à remarquer, en laissant de côté certaines variations que des circonstances exceptionnelles ou la convention des parties peuvent y apporter, et en renvoyant, pour de plus amples détails, aux numéros dans lesquels nous en avons déjà traité.

1650. Sont responsables, non-seulement du dol, mais de toute faute, c'est-à-dire de la faute mesurée sur les soins du père de famille le plus diligent ; plus de soin qu'ils n'ont coutume d'en apporter dans leurs propres affaires : 1° le commodataire (ci-dess.,

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*, 72. f. Gai. : « Quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se quæri debet. » — 44. 7. *De oblig.* 1. § 5. f. Gai : « Quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se quæri debet. » — Ci-dess. tit. 14. § 3. p. 146.

n° 1217) et le déposant, parce que le contrat est intervenu dans leur unique intérêt; 2° tant celui qui a donné que celui qui a reçu le gage, dans le contrat de gage (ci-dess., n° 1228); tant le vendeur que l'acheteur, dans le contrat de vente (ci-dess., n° 1472); tant le locateur que le locataire, dans le contrat de louage (ci-dess., n° 1514), parce que le contrat est intéressé de part et d'autre; 3° tant le mandataire que le mandant, bien que le contrat intervienne communément dans l'unique intérêt de ce dernier; mais à cause de la foi religieuse de ce contrat (ci-dess., n° 1553); enfin, 4° le *negotiorum gestor* (ci-dess., tit. 27, § 1), parce qu'il s'est ingéré volontairement et spontanément dans les affaires d'autrui (1).

1651. Sont responsables, au contraire, uniquement du dol, et de la faute dans la mesure de leur caractère personnel, autant de soin qu'ils ont coutume d'en apporter dans leurs propres affaires; car c'est manquer à la bonne foi que d'agir autrement (*nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit*): 1° le commodant et le dépositaire (ci-dess., n° 1221), parce qu'ils ont rendu, dans le contrat, un service purement gratuit, et qu'à l'égard du dépositaire c'est au déposant à se reprocher d'avoir choisi un dépositaire négligent; 2° les associés (ci-dess., n° 1535), les communistes, les cohéritiers, dans la gestion de la chose commune, et le mari dans celle des biens dotaux (2) : parce qu'il s'agit pour eux non-seulement de l'affaire d'un autre, mais de leur propre affaire, et qu'ils ont en conséquence une cause personnelle pour s'en mêler : « Hic propter suam partem causam habuit gerendi (3); » partageant avec les autres le péril de leur mauvaise gestion, leur propre intérêt est une garantie : ajoutez accessoirement, quant à la société, que celui qui s'est donné un associé peu diligent doit s'en prendre à lui-même; 3° enfin, le tuteur et le curateur, parce que, leurs fonctions leur étant imposées, ils ont aussi une cause personnelle et nécessaire d'agir pour autrui (4).

1652. Quant à la *culpa lata* mesurée d'une manière absolue, sur le commun le plus grossier des hommes, ne pas comprendre ce que tout le monde comprend (ci-dess., n° 1641); malgré l'idée qu'on peut s'en faire au premier abord, il n'y a rien de particulier à en dire; elle vient se confondre dans les deux séries de responsabilité que nous venons d'indiquer : soit parce que, dépassant généralement en gravité les fautes marquées dans ces deux séries, elle est comprise *a fortiori* dans la responsabilité de chacune de ces

(1) A moins qu'il ne l'eût fait que comme contraint par des sentiments d'amitié (*affectione coactus*), dans un cas de nécessité urgente (Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 3. § 9. f. Ulp.). Il rentrerait alors dans la catégorie qui va suivre. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 72. f. Gai. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. § 16. — 23. 3. *De jur. dot.* 17. pr. f. Paul. et 24. 3. *Solut. matrim.* 24. § 5. f. Ulp. — (3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. 10. f. Paul. — (4) Dig. 27. 3. *De tutor. et rat. distrah.* 1. pr. f. Ulp.

séries; soit parce que, si, par impossible, quelqu'un s'était choisi un dépositaire ou s'était donné un associé assez borné, assez idiot, pour être même au-dessous de ce que tout le monde comprend, ce serait toujours d'après ce niveau personnel inférieur qu'il faudrait juger de la responsabilité d'un tel être.

1653. Ce que nous avons dit de l'étendue de la responsabilité du mandataire (ci-dessus, nos 1553 et 1650, 3°) n'est pas sans difficulté; des textes en expriment positivement la règle (1); mais quelques autres, peu concluants à la vérité, peuvent en faire douter (2); et le fragment de Modestin tiré de la *Collatio* dit formellement le contraire : « In mandati vero judicio dolus, non etiam culpa deducitur » (ci-dess., n° 1646, note 3). Modestin suit exactement le principe des contrats intéressés d'un seul côté : le mandataire, rendant un service gratuit, ne devrait être responsable que de son dol ou de la faute équivalente au dol. S'il en est autrement, c'est évidemment par exception : nous croyons cette exception fondée sur la foi religieuse attachée dès l'antiquité à ce contrat (ci-dess., n° 1553). A l'époque de Modestin, il ne serait pas étonnant que le sentiment de cette foi religieuse se fût affaibli. Cependant c'est dans des constitutions de Dioclétien et de Constantin que la règle de la responsabilité plus étendue du mandataire se trouve encore écrite. Nous avons déjà dit comment nous sommes porté à ne pas accorder grande autorité de doctrine à ce fragment de Modestin (3). Ce qui nous confirme dans l'idée de cette étendue exceptionnelle de la responsabilité du mandataire, c'est que nous ne voyons nulle part que les jurisconsultes romains aient dit à son égard ce qu'ils ont dit à l'égard du dépositaire et de l'associé, et ce qui eût été pourtant si naturel de lui appliquer si telle eût été leur doctrine : le mandant ne doit s'en prendre qu'à lui-même du choix qu'il a fait d'un mandataire peu soigneux.

---

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 23. f. Ulp. : « Dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, etc. » — Cod. 4. 35. *Mandati*. 11. const. Dioclet. et Maxim. : « Tam dolum quam culpam. » — *Ibid.* 13 : « A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. » — *Ibid.* 21. const. Constant. : « Nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est. » — (2) Dig. 17. 1. *Mandati*. 8. §§ 8. 9 et 10 : « Si dolus non intervenit nec culpa. » 10. pr. et 29. f. Ulp. — (3) Ce que Modestin ajoute du motif de l'infamie qui frappe le dépositaire et non le commodataire condamné : « Alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur, » n'est rien moins qu'exact, et on chercherait mal à propos à en faire un argument dans la question de la responsabilité du mandataire. De ce que le commodataire est responsable de toute faute, il n'en reste pas moins responsable *a fortiori* du dol, et la condamnation n'en devient pas infamante pour cela. Ici est encore oublié le caractère de la foi particulière attachée au dépôt, à la tutelle, à la société, jadis à la fiducie, véritable motif de l'infamie, comme dans le cas de mandat. Deux actions citées par Modestin lui-même, celle de fiducie et celle de tutelle, dans lesquelles il dit *dolus et culpa deducitur*, et où néanmoins les condamnations sont infamantes, prouvent l'inexactitude du motif par lui donné pour le besoin du contraste.

1654. Jusqu'ici, dans les contrats dont nous avons parlé ne figurent que des contrats de bonne foi. Africain, en posant sa règle, dit textuellement : « *In contractibus fidei bonæ* (ci-dess., n° 1646). » Quant aux contrats de droit strict, dans le *mutuum*, dans le contrat *litteris*, la question ne peut pas naître à propos de la *condictio* à laquelle ils donnent naissance. Dans la stipulation, les jurisconsultes romains, s'attachant à la rigueur du droit, disent que le promettant qui a promis, par exemple, de donner un esclave, a promis de donner, mais non de faire. Si par un fait de sa part il a occasionné la mort de cet esclave, il est tenu de l'action de stipulation (ci-dess., n° 1333); mais si c'est par négligence, faute de soins dans une maladie, l'action de la stipulation ne peut lui en faire tenir compte. Il faudrait recourir, s'il y avait eu dol de sa part, à d'autres remèdes : « An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dare promisit, ad dandum, non faciendum tenetur (1). »

### *De la mise en demeure* (mora).

1655. Lorsqu'une personne apporte, dans une restitution ou dans un payement dont elle est tenue, un retard contraire aux règles du droit, on dit qu'elle est en demeure (*moram facere*). On en dit autant, en sens inverse, de celui à qui la restitution ou le payement doit être fait, si c'est lui qui apporte à la réception un retard contraire aux règles du droit. Ainsi, la demeure (*mora*) peut avoir lieu tant en matière de possession qu'en matière d'obligation; tant de la part du créancier que de la part du débiteur, de celui à qui la chose doit être restituée que de celui qui doit la restituer. Les mots de *frustratio, cessatio, dilatio* sont employés, dans quelques fragments (2), comme synonymes de *mora,* qui reste néanmoins l'expression technique.

1656. Ce fait de la demeure (*mora*) de l'une ou de l'autre des parties modifie sensiblement leurs relations de droit. Deux conséquences, entre plusieurs autres, sont à signaler. L'une générale : à savoir, que l'auteur de la demeure prend à sa charge, par le fait de cette demeure, les événements préjudiciables qui pourront survenir ultérieurement, et que, dès lors, les pertes ou détériorations futures de la chose, sauf celles qui proviendraient d'un dol ou d'une faute grave de la partie adverse, sont à ses risques (3).

---

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 91. pr. f. Paul. — (2) Dig. 17. 1. *Mandati*. 34. f. Afric. et 22. 1. *De usuris... et mora*. 3. § 4. f. Papin. — *Ibid.* 11 et 17. pr. f. Paul. — (3) Dig. 16. 3. *Depositi*. 12. § 3. f. Pomp. — 18. 6. *De periculo et commodo rei vend.* 5. f. Paul. et 17. f. Pomp. — 24. 3. *Solut. matr.* 9. f. Pomp. et 25. § 2. f. Paul. — 30. *De legatis*. I. 84. § 3. f. Julian. et 108. § 11. f. Afric. — 45. 1. *Verborum obl.* 105. f. Javolen. — 46. 3 *De solut*. 72. pr. f. Marcel. — On voit néanmoins par divers fragments que, dans

L'autre, spéciale à la demeure du débiteur ou détenteur : c'est qu'à partir de sa demeure, il doit les intérêts ou les fruits, quelles que fussent ses obligations antérieures à cet égard, ou, plus généralement, une indemnité pour le retard (1).

1657. Cela étant, on voit qu'il était important de déterminer dans quels cas, suivant les règles du droit, une personne se trouvait en demeure, et comment sa demeure pouvait cesser. — A l'égard du débiteur ou du détenteur, il existait, en droit romain, des cas nombreux où le fait seul du retard les constituait en demeure, sans nécessité d'aucune sommation. — Ainsi en était-il pour le débiteur toutes les fois que sa dette était à échéance fixe, que la fixation de cette échéance (*dies*) provînt de la loi, d'un testament ou d'un contrat (2) : d'où est venue cette locution imagée, étrangère néanmoins aux jurisconsultes latins, qu'en droit romain « *dies interpellat pro homine* ». Ainsi en était-il encore pour le détenteur toutes les fois que c'était par suite d'un délit ou d'une possession de mauvaise foi qu'il était tenu de restituer (3). Les jurisconsultes romains disaient, dans tous ces cas, que la demeure avait lieu *ex re* (ou *in rem, in re*), c'est-à-dire par suite du fait lui-même (4). En dehors de ces cas, il fallait, pour que le débiteur ou le détenteur fût en demeure, qu'il eût été sommé (*interpellatus*) en temps et en lieu opportuns de faire le payement ou la restitution : fait que le juge était chargé d'apprécier (5). Les jurisconsultes romains disaient, dans ce cas, que la demeure avait lieu *ex persona* (6). — Quant à ce qui concerne la demeure (*mora*) du créancier ou de celui qui avait droit à la restitution, elle avait lieu principalement par le refus de recevoir des offres

---

les cas où il était démontré que, à part la demeure, la chose aurait également péri et aurait été également perdue pour le créancier, les jurisconsultes romains étaient portés à affranchir le débiteur de la responsabilité des risques : quoique cette réflexion, que le créancier, s'il avait été payé, aurait pu vendre la chose avant qu'elle pérît, vînt le plus souvent mettre obstacle à ce tempérament. Voir Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 11. f. Ulp. — 10. 4. *Ad exhib.* 12. § 4. f. Paul. — 16. 3. *Depositi.* 14. § 1. f. Gai. — 5. 3. *De heredit. pet.* 40. pr. f. Paul., et 30. *De legat. I.* 47. § 6. f. Ulp.

(1) Dig. 22. 1. *De usuris et fructibus... et mora.* 3. pr. f. Papin.; 17. §§ 3 et 4. f. Paul.; 32. § 2. f. Marcian.; 34. f. Ulp.; 41. pr. f. Modest. — 43. 26. *De precar.* 8. § 6. f. Ulp. — 6. 1. *De rei. vind.* 17. § 1. f. Ulp. — 45. 1. *Verb. oblig.* 114. f. Ulp. — (2) 13. 3. *De condict. trit.* 4. f. Gai. — 19. 1. *De act. empti et vend.* 47. f. Paul. — 45. 1. *De verb. obl.* 114. f. Ulp. — 50. 10. *De oper. publ.* 5. pr. f. Ulp. — Cod. 4. 49. *De act. empt.* 10. const. Diocl. et Max. — 8. 38. *De contrah. et committ. stipul.* 12. const. Justinian., par laquelle on voit que, jusqu'à cet empereur, la règle n'était pas tellement établie en jurisprudence, qu'elle ne donnât lieu à des contestations auxquelles cette constitution est destinée à mettre fin. — (3) Dig. 5. 3. *De petit. hered.* 18. pr. et 20. § 20. f. Ulp. — 6. 1. *De rei. vind.* 15. § 3. f. Ulp. — 13. 1. *De condict. furtiva.* 8. § 1. f. Ulp. et 20 f. Tryphon. — 43. 16. *De vi.* 19. f. Tryphon — Cod. 4. 7. *De condict. ob turp. caus.* 7. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Cod. *Ibid.* — Dig. 40. 5. *De fideicom. libert.* 26. § 1. f. Ulp. — Dig. 22. 1. 32. pr. f. Marcian. — (5) Dig. *Ibid.* — (6) Dig. *Ibid.*

valablement faites, ou faute de se trouver au temps et au lieu déterminés pour recevoir le payement ou la restitution que le débiteur ou le détenteur étaient prêts à opérer (1).

### *Des intérêts* (usuræ).

1658. On voit suffisamment, par ce qui précède, comment les jurisconsultes romains ont été conduits à traiter conjointement de la mise en demeure (*mora*) et des intérêts (2).

On nomme capital (*sors, caput*) le montant de l'obligation principale; et intérêts (*fœnus, versura,* plus récemment *usuræ*), les fractions de ce capital que le débiteur doit en sus, en raison du temps dont le créancier se trouve privé de sa chose. *Res* ou *pecunia fœnebris,* c'est le capital produisant intérêts. Cette sorte d'engagement n'a lieu que dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, ou, quoique plus rarement, des choses *quæ numero, pondere vel mensura consistunt* (3). Les intérêts étant mesurés par certaines fractions déterminées du capital, proportionnellement au temps que dure la dette, consistent toujours en choses de même nature. C'est, en quelque sorte, le produit périodique (*fœtus, fœtura*) du capital; ainsi nous le dit Festus : « Fœnus... a fœtu... quod crediti nummi alios pariant; ut apud » Græcos eadem res τόκος (à la fois *enfantement* et *intérêts*) dici- » tur (4). » Ou, si l'on veut l'étymologie de l'autre dénomination (*usuræ*), c'est le prix de loyer pour l'usage (*pro usu*) du capital.

1659. L'économie politique est parvenue, de nos jours, à faire une analyse plus subtile et plus complète de l'intérêt. Il est certain que les écus prêtés ne produisent pas matériellement d'autres écus, pas plus qu'une maison louée ne produit matériellement l'argent payé à titre de loyer, et que cette idée de produit, de part ou de croît (*fœtus*) entre le capital et l'intérêt, ne peut être prise qu'au figuré. Mais ce qui est réel, c'est que le débiteur, pendant tout le temps que dure la dette, dispose à son profit et suivant sa convenance, du capital appartenant au créancier, tandis que celui-ci en est privé pendant le même temps. Par conséquent, il y a service rendu à l'un au détriment de l'autre. Ce service, comme tout autre, peut être rendu gratuitement, ou moyennant rémunération : c'est une conséquence même du droit de propriété. Ce qui est réel encore, c'est que le créancier court un risque plus ou moins grand de ne pas être remboursé, c'est-à-dire de perdre son capital, et qu'il peut chercher encore, dans la somme qui lui est payée périodiquement, une prime d'assurance pour ce risque

(1) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 16. § 2. fr. Ulp. 17. f. Paul. et 18. pr. f. Ulp. — 46. 3. *De solut.* 39. f. Afric.; 72. pr. et § 3. f. Marcell.; Cod. 4. 32. *De usur.* 6. const. Anton. et 19. const. Philipp. — (2) Dig. 22. 1. *De usuris et fructibus... et mora.* — Cod. 4. 32. *De usuris.* — (3) Cod. *Ibid.* 23. const. Philipp. — (4) Festus, au mot *Fœnus.*

dont il se charge. L'intérêt comprend donc à la fois une prime pour le risque couru par le créancier, et un prix de loyer pour l'usage, ou, plus exactement, pour la disposition du capital laissée au débiteur.

1660. Cependant, si l'on considère combien il est facile au possesseur du capital d'abuser des besoins, urgents peut-être, de celui qui demande à emprunter, souvent même d'exciter ses passions ou d'en profiter pour le pressurer et le faire consentir, à titre d'intérêts, à des rémunérations exagérées; combien ce mal s'aggrave toutes les fois que, par des circonstances quelconques, il n'y a pas de concurrence suffisante pour maintenir dans une juste mesure le taux de ces rémunérations, et pour en fixer le prix courant suivant la loi naturelle de la proportion entre l'offre et la demande! toutes les fois surtout que ce mal se généralise et tient à la situation sociale elle-même, les capitaux se trouvant accumulés aux mains d'un petit nombre, sans que les institutions, l'égalité de droit, et la libre possibilité d'acquérir par le travail en favorisent la dispersion; si l'on observe, enfin, à quelle dureté, à quelle avidité, à quelles inventions d'expédients subreptices sont rompus ceux qui se livrent, comme à une sorte de profession, à l'art de faire fructifier leurs capitaux par des prêts à intérêts, on verra qu'il y a, dans cette question d'intérêts, une question de morale et de droit autant que d'économie politique, et que la législation ne saurait y rester indifférente.

1661. C'est particulièrement dans la situation de Rome, aux temps où la plèbe était écrasée (*mersa et obruta*, suivant les expressions de Tite-Live) par l'usure patricienne, que l'on rencontre ce mal usuraire (*fœnebre malum*, comme l'appelle Tacite), cause la plus fréquente de discordes et de séditions (*seditionum discordiarumque creberrima caussa*). La loi des Douze Tables fut la première qui essaya d'y porter remède, en établissant pour limite l'intérêt d'un douzième (*unciarium fœnus*), et en punissant de la peine du quadruple le *fœnerator* qui irait au delà; tandis qu'auparavant le taux en était abandonné au bon plaisir des riches (*ex libidine locupletiorum agitaretur*) (1). Mais là ne s'arrêtèrent point les troubles et les dissensions. La ville travaillée par le même mal (*civitas fœnore laborans*) les voit renaître continuellement. Des plébiscites divers se succèdent : l'un, en 408, abaissant de

(1) TACIT. *Ann.* VI. 16. « Nam primo XII Tabulis sanctum, ne quis *unciario fœnore* amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur. » — Tite-Live attribue cette fixation à un plébiscite postérieur, sur la proposition (*rogatio*) des tribuns Duilius et Mœnius, que la plèbe accueillit et sanctionna avec ardeur, en 393 (ou 398) : « Haud æque læta Patribus insequenti anno, C. Marcio, Cn. Manlio Coss. *de unciario fœnore*, a M. Duilio, L. Mœnio, tribunis plebis, rogatio est perlata : et plebs aliquanto eam cupidius scivit accepitque. » (TIT. LIV. VII. 16). — CATO, *De re rustica*. proem. : « Majores nostri sic habuerunt : itaque *in legibus* posuerunt, furem dupli damnari, fœneratorem quadrupli. »

moitié encore le taux de l'intérêt, le réduit à une demi-once, c'est-à-dire à un vingt-quatrième (*semunciarium fœnus*) (1); un autre, en 413, prohibe entièrement le prêt à intérêt (2); d'autres, enfin, ont pour but de prévenir les fraudes qui tant de fois réprimées renaissent sans cesse, en artifices merveilleux, pour éluder les prohibitions (3). Les orateurs, les poëtes, les philosophes de Rome, s'accordent dans une unanime réprobation. Caton le rustique lui-même, parcourant les divers moyens d'augmenter son patrimoine, et se demandant : « Quid fœnerari? » répond à cette question : « Quid hominem occidere? (4). » — Néanmoins on voit déjà, par les écrits de Cicéron, qu'à son époque la prohibition absolue, quel qu'ait pu être le temps durant lequel elle a été maintenue, n'existait plus, et que la limite admise dans le droit comme *maximum* du taux de l'intérêt était désignée par une nouvelle locution, celle de *centesima usura*. C'est là l'intérêt légitime (*legitimæ usuræ*), le plus élevé qui puisse être pris (*maximæ, gravissimæ*), qui existe encore au temps des jurisconsultes des Pandectes, et qui se maintient jusqu'à Justinien.

1662. Mais quel chiffre se trouve désigné sous ces noms de *unciarium fœnus, semunciarium fœnus, centesima usura?* Au milieu des divergences les plus graves, et des controverses les plus animées, qui ont existé entre les plus érudits au sujet des deux premières de ces locutions, nous croyons que *unciarium fœnus* désigne l'intérêt d'une once, c'est-à-dire d'un douzième du capital par an; *semunciarium fœnus,* l'intérêt d'une demi-once, autrement dit d'un vingt-quatrième du capital par an; et *centesima usura,* l'intérêt d'un centième du capital à payer chaque mois aux calendes, par conséquent douze pour cent par an. Dans les deux premières de ces locutions, les plus anciennes, l'intérêt, fraction du capital, est calculé suivant la vieille division romaine, que nous avons déjà vue pour l'hérédité (t. II, n[os] 729 et suiv.), celle de l'as divisé en douze onces, c'est-à-dire par douzième et pour l'année; dans la troisième, la plus récente, il est calculé, suivant la division décimale, par centième et pour chaque mois (5).

(1) Tit. Liv. vii, 27 : « Idem otium domi forisque mansit T. Manlio Torquato, C. Plautio Coss. *Semunciarium* tantum ex unciario fœnus factum, et in pensiones æquas triennii, ita ut quarta præsens esset, solutio æris alieni dispensata est. » — (2) Tit. Liv. vii. 42. « Præter hæc invenio apud quosdam L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum ne fœnerare liceret. » — (3) Tacit. Ann. vi. 16. « Postremo, vetita versura : multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quæ totiens repressæ, miras per artes rursum oriebantur. » — Tit. Liv. vii. 21; xxxv, 7. — Gai. 4. § 23. — (4) Ailleurs, dans le passage cité pag. précéd., not. 1, après avoir dit que les anciens, dans la loi des XII Tables, avaient voulu que le voleur fût condamné au double et le *fœnerator* au quadruple, il ajoute : « Quanto pejorem civem existimarint fœneratorem, quam furem, hinc licet existimari. » — Voir aussi Cicér. *De offic.* ii, 25; Plin. *Hist. natur.* xviii, 15, sext. 6; Senec. *De benef.* vii. 10.

(5) Cette explication de l'*unciarium fœnus*, déjà indiquée par Stroth dans

C'est de cet usage, attesté non-seulement par les jurisconsultes, mais par les orateurs et par les poëtes, de fixer l'échéance des intérêts aux calendes de chaque mois, qu'est venu, pour le registre sur lequel étaient inscrites les créances produisant intérêt, le nom de *calendarium*. Scævola et quelques autres jurisconsultes en font mention plus d'une fois au Digeste. Se livrer habituellement à ce mode de faire valoir ses capitaux, par des prêts à intérêt, est nommé quelque part *calendarium exercere*. Non-seulement les *argentarii*, mais tout capitaliste, même les diverses villes ou municipes pouvaient avoir leur *calendarium*. Africain nous parle d'esclave spécialement préposé à la tenue de ce livre (*Stichum servum calendario præposuerat*), et c'était une charge, comptant non pas dans les honneurs (*inter honores non habebatur*), mais comme fonction personnelle (*sed personale munus*) pour le compte de la municipalité, que celle de *curator calendarii* (1).

1663. Les intérêts, renfermés dans la limite prescrite, pouvaient être dus chez les Romains, soit légalement, soit en vertu d'un testament ou d'une convention. — Légalement, par exemple, aux cas de mise en demeure, dans les actions de bonne foi (mais non dans les actions de droit strict, y eût-il *litis contestatio* (2); d'emploi des deniers d'autrui fait par quelqu'un à son profit; de

---

son édition de Tite-Live, se trouve développée par NIEBUHR dans son *Histoire romaine* (t. V, p. 73 et suiv. de la traduction). Claire autant que simple, et en parfaite harmonie avec le système de mesure des Romains, elle est à mes yeux indubitablement exacte. Mais quelle était l'année à laquelle se référait cet intérêt d'un douzième? Était-ce l'année primitive des Romains, l'année lunaire de dix mois, ou bien l'année commune, celle de douze mois, déjà introduite par Numa (voir tom. I, *Hist.*, nos 41 et suiv.)? C'est ce qui ne me paraît pas aussi clairement établi. Niebuhr soutient, par analogie avec quelques autres institutions dans lesquelles le compte par années de dix mois s'était maintenu, qu'il en avait été de même à l'égard des intérêts dans l'*unciarium fœnus*. En faisant le calcul, on verra que, si l'on suppose qu'il s'agissait d'une année de 12 mois, l'*unciarium fœnus* reviendrait, dans nos locutions modernes, à 8 et 1/3 p. 100 par an, et le *semunciarium fœnus* à 4 et 1/6 p. 100. Tandis que si on suppose qu'il ne s'agissait que de l'année de dix mois seulement, ces chiffres reviendraient à 10 p. 100 et à 5 p. 100 par an, de nos jours. — Dans les autres interprétations, beaucoup plus compliquées, moins en accord avec les termes et avec les faits, et soutenues néanmoins par les plus graves autorités, Sigonius, Gravina, Gronovius, etc., l'*unciarium fœnus* serait l'once, non pas du capital, mais de l'as usuraire : c'est-à-dire le douzième, payable chaque mois, de l'intérêt total d'une année; synonyme de *centesimæ usuræ*, expression à laquelle il faudrait se référer même pour ces époques antérieures; car *unciarium fœnus*, dans ce sens, ne désignerait par lui-même aucun taux. L'intérêt fixé par les Douze Tables aurait donc été de 12 p. 100 par an, tel qu'il se trouvait plus tard, au temps de Cicéron; et le *semunciarium* aurait été de 6 p. 100. — D'autres interprétations, enfin, conduiraient à voir dans l'*unciarium fœnus* 1 p. 100, ou en sens inverse, 100 p. 100 par an.

(1) D. 12. 1. *De reb. credit.* 41. f. Afric.; — 15. 1. *De pecul.* 58. f. Scævol.; — 26. 7 *De admin tutor*. 39. § 14. f. Papin. — (2) Le texte, *Lite contestata, usuræ currunt* (D. 22. 1. 35. fr. Paul) veut dire seulement que, s'il y avait des intérêts dus, ils continuaient à courir malgré l'espèce de novation (no 1704) qu'emporte le *litis contestatio*.

prix dû par l'acheteur, à partir de la tradition; de sommes dues à un mineur de vingt-cinq ans (1). — En vertu d'un testament, lorsque le testateur l'a ainsi ordonné (2). — En vertu d'une convention, à savoir, par stipulation spéciale, ou par pactes joints incontinent aux contrats de bonne foi (3). — Mais il était défendu de tirer l'intérêt des intérêts, opération qui se nommait *anatocismus* (4).

1664. Justinien, dans son code, a abaissé le taux des intérêts, qui s'était maintenu jusqu'à lui, et l'a réduit ainsi qu'il suit, en la faisant varier suivant la qualité des personnes et suivant les circonstances : — Dans les prêts maritimes, intérêt auparavant illimité, les *centesimæ usuræ*, ou 12 p. 100; — Pour les commerçants, les deux tiers (*usque ad bessem centesimæ*) ou 8 p. 100. — Pour les personnes ordinaires, la moitié (*dimidiam centesimæ*) ou 6 p. 100; — Enfin pour les personnes illustres, le tiers (*tertiam partem*) ou 4 p. 100 (5).

## TITULUS XXVIII.

### PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

## TITRE XXVIII.

### PAR QUELLES PERSONNES NOUS ACQUÉRONS UNE OBLIGATION.

1665. Après l'exposé des obligations et des événements qui les engendrent, du moins quant aux contrats et aux relations analogues, nous passons à leur acquisition. Telle est la transition des titres précédents à celui-ci. — Une obligation nous est acquise, c'est-à-dire nous devenons créanciers, nous acquérons l'action nécessaire pour forcer à l'exécution de cette obligation, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par nos esclaves, par nos fils de famille, par les esclaves dont nous avons l'usufruit ou l'usage, par l'esclave d'autrui ou même par l'homme libre que nous possédons de bonne foi comme notre esclave : c'est-à-dire non-seulement quand c'est nous qui avons été acteurs dans les événements producteurs de l'obligation, mais même quand ce sont ces diverses personnes. — L'acquisition des obligations par le moyen de ces diverses personnes n'a pas lieu pour toutes d'une manière absolue. L'introduction des différents pécules, et le diversité des droits de l'usufruitier, de l'usager ou du possesseur de bonne foi, amènent, sous ce rapport, des distinctions importantes à faire. Mais le sujet a déjà été épuisé par ce que nous en

(1) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 19. § 4. f. Paul. — 17. 1. *Mandati*. 12. § 9. f. Ulp. — 22. 1. *De usur.* 6. f. Papin. — 19. 1. *De action. empti*. 13. § 20. f. Ulp. — 22. 1. *De usur.* 18. § 1. f. Paul. — Dig. 31. (*De legat. II.*) 87. § 1. fr. Paul. — Cod. 2. 41. *In quib. caus. in integr.* 3. const. Dioclet. et Maxim. — Cod. 4. 49. *De action. empti*. 5. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Dig. 33. 1. *De ann. legat.* 3. § 6. f. Ulp. — (3) Cod. 4. 32. *De usur.* 1. const. Anton., 3. const. Sever. et Anton.; 7. const. Anton. — Dig. 16. 3. *Depos.* 24. *in fin.* f. Papin. — Paul. Sent. 2. 14. § 1. — (4) Cod. 4. 32. *De usuris*. 28. const. Justinian. — (5) Cod. *Ibid.* 26. § 1. const. Justin.

avons dit en deux chapitres antérieurs (liv. 2, tit. 9, n°s 608 et suiv.; liv. 3, tit. 17, n°s 1280 et suiv.). Nous avons parlé également de l'acquisition par un mandataire (n° 1552).

Expositis generibus obligationum quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas quæ in nostra potestate sunt : veluti per servos et filios nostros. Ut tamen, quod per servos quidem nobis adquiritur totum nostrum fiat ; quod autem per liberos quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et ususfructus quam nostra discrevit constitutio : ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

Après avoir exposé les diverses espèces d'obligations qui naissent d'un contrat, ou comme d'un contrat, il faut faire observer qu'une obligation peut nous être acquise non-seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes qui sont en notre puissance, comme par nos esclaves et par nos fils de famille. De telle sorte cependant que ce qui nous est acquis par nos esclaves devient entièrement nôtre. Tandis que le bénéfice de l'obligation acquise par nos fils de famille se divise à l'imitation de ce que notre constitution a décrété pour la propriété et l'usufruit des choses. Ainsi, le profit résultant de l'action sera en usufruit au père, la propriété en sera conservée au fils; l'action étant intentée, du reste, par le père, conformément à la division établie par notre nouvelle constitution.

1666. Quant à l'acquisition, par le père, des obligations provenant du fils de famille, le texte renvoie aux règles sur l'acquisition de la propriété ou de l'usufruit, c'est-à-dire à la distinction des divers pécules (t. II, n°s 610 et suiv.) : avec cette observation que, dans les cas où le père ne doit acquérir que l'usufruit, ce n'est pas l'obligation qui se divise ainsi, en nue propriété à l'un, et en usufruit à l'autre ; mais c'est le produit, le profit résultant de l'exécution même de l'obligation. Quant à l'exercice de l'action, il est dévolu au père (*scilicet patre actionem movente*). Il faut se reporter, sur cette matière, aux constitutions de Justinien, et remarquer le cas où il s'agit de l'acquisition d'une hérédité sur laquelle le père et le fils de famille sont en dissentiment (1).

I. Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid *ex operibus suis vel ex re nostra* adquirant.

1. Une obligation nous est acquise aussi par les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi; mais seulement en deux cas, savoir : lorsqu'elle provient *de leurs travaux ou de notre propre chose.*

II. Per eum quoque servum in quo usumfructum vel usum habemus, similiter *ex duabus istis causis* nobis adquiritur.

2. *Dans les deux mêmes cas* nous acquérons également par l'esclave sur lequel nous avons l'usufruit ou l'usage.

1667. *Ex operibus suis vel ex re nostra.* Nous avons déjà expliqué ces deux causes, quant à l'acquisition de la propriété (tom. II, n° 626). Si pour prix du travail de l'esclave soumis à

(1) Cod. 6. 61. *De bonis quæ liberis.* 6 et 8. const. Justinian.

l'usufruit (*ex operibus suis*) ou pour prix de la chose de l'usufruitier, vendue, louée ou concédée de toute autre manière par cet esclave (*ex re nostra*), c'est, non pas une dation qui est faite, mais une obligation qui est contractée, cette obligation est acquise à l'usufruitier. De même pour le possesseur de bonne foi, avec les nuances qui séparent l'un de l'autre.

Mais quand il s'agit d'un esclave dont nous n'avons que l'usage, est-il bien vrai que l'obligation puisse nous être acquise par ces deux causes? Si l'obligation provient *ex re nostra*, l'affirmative va sans dire. Mais si elle provient du travail fait par l'esclave sur la chose d'autrui, n'est-elle pas comme une sorte de fruit, et puisque nous n'avons que l'usage de l'esclave, ne faut-il pas en conclure qu'elle ne peut pas nous être acquise? C'est ce qui nous paraît conforme aux principes. Aussi Gaius ne parle-t-il pas de l'usager (1); et Ulpien exprime-t-il formellement la négative : « Si quidem ex operis ejus, non valebit : quoniam nec locare operas ejus possumus (2). » Notre texte ne doit donc être entendu, quant à l'usager que de l'acquisition *ex re nostra*, la seule que comporte la nature de son droit.

III. Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit, veluti cum ita stipulatur : TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES? Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

3. Il est certain que l'esclave commun acquiert à ses maîtres proportionnellement à leur part de propriété; sauf ce principe, qu'en stipulant ou en recevant par tradition pour un seul nominativement, il acquiert à celui-là seul; par exemple, quand il stipule ainsi : PROMETS-TU DE DONNER A TITIUS MON MAITRE? Mais si l'esclave a stipulé par l'ordre d'un seul maître, malgré les doutes antérieurs, la question depuis notre constitution est décidée, en ce sens qu'il acquiert, comme nous l'avons déjà dit, à celui-là seul qui lui a donné l'ordre.

1668. Voir, sur ce dernier point, le dissentiment entre l'école des Sabiniens et celle des Proculéiens : dissentiment que nous expose Gaïus (3), et que Justinien résout dans le sens des Sabiniens.

## *De la cession des obligations* (4).

1669. L'obligation étant un lien de droit entre deux personnes déterminées, changez une de ces personnes, vous n'avez plus le même lien, le même droit : c'est une obligation nouvelle. Voilà pourquoi ce principe était reconnu par le droit civil des Romains : que, sauf le cas des successions universelles, dans lesquelles il y a continuation de la personne, les obligations ne peuvent être

(1) GAI. Comm. 3. §§ 164 et 165. —(2) DIG. 7. 8. *De usu*. 14. pr. f. Ulp. — (3) GAI. Comm. 3. § 167. — (4) DIG. 18. 4, et COD. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita.*

transférées du créancier à un autre (1). Mais depuis que la possibilité d'exercer ses actions et de plaider par procureur eut été admise, on tira de là un moyen indirect de transporter à autrui le profit d'une obligation : ce fut de lui en donner l'exercice par un mandat. C'est là ce que les jurisconsultes romains appellent *mandare actiones, actiones persequendas præstare,* ou simplement *præstare, cedere actiones* (2). Celui à qui la cession est faite, le cessionnaire, n'est donc qu'un procureur; mais les jurisconsultes romains le nomment *procurator in rem suam* (3), pour indiquer qu'en exerçant l'action il fait sa propre affaire et que le profit doit lui en rester : « Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur (4). »

1670. La cession des actions s'opère donc par un mandat. Le consentement du débiteur n'y est nullement nécessaire. L'obligation n'est pas changée.—Le créancier reste toujours créancier et conserve encore le droit de poursuivre lui-même le payement, sauf la nécessité où il serait de restituer au cessionnaire tout ce qu'il aurait obtenu (5) : cependant, bien qu'en principe son droit subsiste toujours, l'exception de dol fournirait au débiteur à qui la cession aurait été notifiée, ou qui serait déjà attaqué par le cessionnaire, un moyen de le repousser (6). — Le débiteur reste débiteur au même titre et avec les mêmes moyens de défense. Le cessionnaire, en droit strict, n'est qu'un procureur, et ne peut intenter l'action qu'en cette qualité, comme exerçant celle du véritable créancier. Une forme ingénieuse de rédaction, imaginée par le prêteur Rutilius, et portant, à cause de cela, la qualification de *Rutilienne* (ci-dess., n° 1163, avec la note), avait permis d'accommoder à cette situation la formule de l'action à intenter (ci-dessous, liv. 4, tit. 10). Cependant la jurisprudence et les constitutions impériales sont arrivées à donner au cessionnaire les actions comme lui appartenant à lui-même, sous la qualification d'actions utiles (7). Son mandat était, du reste, d'une nature toute particulière : il n'en devait aucun compte, il ne pouvait en être révoqué, et ni sa mort ni celle du créancier son mandant ne devaient y mettre fin (8).

1671. A l'époque où les actions ne pouvaient être intentées

---

(1) Gai. Comm. 2. §§ 38 et 39. — (2) Dig. 17. 1. *Mandat*. 8. § 5. f. Ulp. — 46. 3. *De solut*. 76. f. Modestin. — 19. 1. *De act. empt*. 31. f. Nerat. — 16. 3. *Depos*. 2. f. Paul. — 44. 7. *De oblig*. 7. f. Pomp. — 15. 3. *De in rem vers*. 3. § 5. f. Ulp. — (3) Dig. 3. 3. *De procurat*. 30. f. Paul. — 4. 4. *De minor*. 24. pr. f. Paul. — 17. 1. *Mandat*. 8. § 10. f. Ulp. — 44. 4. *De dol. mal*. 4. § 18. f. Ulp. — Cod. 4. 10. *De oblig*. 6. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Dig. 2. 14. *De pactis*. 13. f. Paul. — (5) Dig. 18. 4. *De hered. vel act. vend*. 23. § 1. f. Hermogen. — (6) Dig. 2. 14. *De pact*. 16. f. Ulp. — 2. 15. *De trans*. 17. f. Papin. — Cod. 8. 42. *De novat*. 3. const. Gordian. — (7) Dig. 2. 14. *De pact*. 16. pr. f. Ulp. — Cod. 4. 39. *De hered. vel act. vend*. 5. const. Alexand. — 7 et 8. const. Dioclet. et Maxim. — (8) Cod. 4. 10. *De oblig*. 1. const. Gordian.

par le cessionnaire qu'en qualité de procureur, il se produisait par voie de conséquence ce résultat particulier, que les personnes notées d'infamie, étant incapables de postuler pour autrui (ci-dess., n° 1170), ne pouvaient, à cause de cela, recevoir utilement la cession d'une créance, ce qui leur interdisait en même temps un certain nombre d'opérations de droit, dans lesquelles figurait cette cession. Mais cet empêchement a cessé dès que le cessionnaire a pu exercer les actions pour son propre compte comme actions *utiles*. (App. 11, liv. 3.)

| TITULUS XXIX. | TITRE XXIX. |
|---|---|
| QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR. | DE QUELLES MANIÈRES SE DISSOUT L'OBLIGATION. |

1672. La même figure de langage qui a donné naissance aux noms d'*obligatio* et de *contractus* a fourni aussi celui de *solutio*, pour indiquer la rupture, la dissolution du lien, et par suite la libération du débiteur. Les mots *solutio*, *solvere*, dans leur acception étymologique, ont donc le sens le plus général, et s'appliquent à tous les événements qui mettent fin à l'obligation, qui délient le débiteur : « Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, » dit Paul; — « Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam, placet, » dit Ulpien (1).

1673. Le mode régulier, pour le débiteur, de se délier; celui en vue duquel l'obligation a été formée, et qui en constitue le but final, c'est l'accomplissement de ce qu'il doit. Aussi, l'expression générale *solutio*, prise dans un sens plus restreint, s'applique-t-elle particulièrement à ce mode principal de libération. *Solutio* exprime alors l'accomplissement, la prestation de ce qui est dû : « Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit (2). » C'est ce que nous nommons aujourd'hui payement. — Les Romains disent aussi, par un renversement de la figure, *solutio nummorum*, *rem* ou *pecuniam solvere*, pour indiquer le payement de la somme ou de l'objet même qui est dû (3).

1674. Mais le payement, bien qu'il soit le mode régulier et final de libération, n'est pas le seul. L'obligation peut encore être dissoute par d'autres moyens prenant leur source dans le consentement des parties, ou même par divers événements en dehors de ce consentement. — L'obligation, lien civil (*vinculum juris, secundum nostræ civitatis jura*), ne peut être dissoute que conformément aux règles du droit civil lui-même (*ipso jure*). Cependant il s'est produit ici, quant à la dissolution des obligations, le même fait historique qu'à l'égard de leur formation. D'une part, les moyens d'extinction du droit civil, avec le temps,

(1) Dig. 46. 3. *De solut.* 54. f. Paul. — 50. 16. *De verbor. signif.* 176. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 176. f. Ulp. — 46. 3. *De solut.* — (3) Dig. 46. 3. *De solut.* 46. pr. et 47. f. Marcian. 48. f. Marcell. 54. f. Paul.

ont été eux-mêmes étendus. D'autre part, le droit prétorien, la jurisprudence sont intervenus; et dans les cas où l'obligation, suivant le droit civil, continuait de subsister, trouvant injuste que le débiteur fût contraint de l'exécuter, tout en disant de lui *obligatus manet*, ils lui ont donné, par le secours des exceptions (*exceptionis ope*), le moyen de se défendre contre la demande du créancier (1). C'est-à-dire que de même que nous avons, en droit romain, des obligations civiles, prétoriennes ou naturelles, de même nous avons des libérations civiles, prétoriennes ou d'équité naturelle. De là vient cette division passée en règle commune chez les commentateurs : « Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur. » Les modes du droit civil seuls sont des modes de dissolution de l'obligation civile; les autres ne sont que des moyens de défense. — Les Instituts ne traitent ici que des modes civils, des véritables modes de dissolution, et ils commencent par le principal, le payement.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem, ex contrario contingit si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

Toute obligation se dissout par le payement de la chose due, ou d'une autre chose à la place, quand le créancier y consent. Et qui que ce soit qui paye, soit le débiteur lui-même, soit un autre pour lui, peu importe; le payement fait par un tiers, soit au su, soit à l'insu ou même contre le gré du débiteur, opère, en effet, libération. De même, le débiteur payant, tous ceux qui sont intervenus pour lui sont libérés. Et réciproquement si le fidéjusseur paye, la libération a lieu non-seulement pour lui, mais encore pour le débiteur.

1675. Sans doute l'*æs et libra* a figuré jadis dans le payement, soit réellement, dans les temps primitifs pour peser le métal, comme nous le voyons dans le payement fait aux Gaulois au Capitole (2); soit plus tard fictivement, à l'égard des obligations de somme certaine (*certa pecunia*), comme type symbolique de ces temps anciens où le métal se mesurait au poids; soit, avec beaucoup plus de réalité et pendant plus longtemps, à l'égard des obligations de transférer en propriété (*dare*) des choses *mancipi*. Mais pour la dation des choses *nec mancipi*, y compris la monnaie après son introduction générale pour les obligations de faire ou de ne pas faire, qui embrassent tant de cas dans leur généralité, la tradition de la chose, l'exécution ou l'abstention des faits, ont dû suffire pour libérer le débiteur. A l'époque de Justinien, le payement n'exige rien de plus; c'est l'accomplissement, la prestation de ce qui est dû.

(1) GAI. Comm. 3. §§ 168 et 181. Comm. 4. §§ 116 et 117. — (2) TIT. LIV., liv. 5.

1676. Mais si le débiteur paye une chose pour une autre (*aliud pro alio*), pourra-t-il ainsi se trouver libéré? Il est bien entendu, d'abord, qu'il ne pourra le faire que du consentement du créancier : « Aliud pro alio invito creditore, solvi non potest (1). » Mais, même avec ce consentement, son obligation sera-t-elle dissoute? Les Proculéiens, comme nous le voyons par Gaius, soutenaient que d'après le droit civil (*ipso jure*) elle ne l'était pas, que le lien n'était pas rompu, puisque ce qui était dû n'avait pas été accompli : en conséquence, ils n'accordaient au débiteur que le secours d'une exception. Les Sabiniens étaient d'un avis opposé (2), et c'est cet avis qui a prévalu. Le payement d'une chose pour une autre, avec le consentement du créancier, ce qui se nomme ordinairement *datio in solutum*, dissout l'obligation *ipso jure* (3).

1677. A l'égard des personnes par qui et à qui le payement peut être fait, le texte nous indique suffisamment qu'il peut être fait même par un tiers, au su, à l'insu, ou même contre le gré du débiteur (4), pourvu que ce tiers paye pour le compte du débiteur et afin de le libérer; car s'il payait par erreur, croyant acquitter sa propre dette, il aurait la *condictio indebiti*, et le débiteur ne serait pas délié. Nous savons du reste que celui qui fait le payement et le créancier qui le reçoit doivent être capables d'aliéner, ou, plus généralement, de faire leur condition pire (tom. II, nos 605 et suiv.).

1678. Le payement fait valablement, non-seulement la dette, mais tous les accessoires, obligations des intercesseurs et des adpromettants de toute nature, droits de gage et d'hypothèque, toutes sûretés en général, prennent fin (*etiam accessiones liberantur*) (5). (App. 12, liv. 3.)

1679. Si le créancier était en demeure de recevoir, conformément à ce que nous avons expliqué ci-dessus, n° 1657, le débiteur, sur le refus de recevoir les offres réelles (*oblatio*) par lui faites valablement, c'est-à-dire de la totalité de la dette, au lieu et au terme prescrits, ou bien en l'absence du créancier pour les recevoir, pourrait consigner la somme ou l'objet dû dans un dépôt public (*in publico deponere, obsignare, consignare*), et au moyen de cette offre (*oblatio*) suivie de la consignation (*obsignatio*), il se trouverait libéré. « Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. » Par ce dépôt public on entendait les églises (*sacratissimæ ædes*) ou le lieu désigné par le juge (6).

---

(1) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 2. § 1. f. Paul. — (2) Gai. Comm. 3. § 168. — (3) Cod. 8. 43. *De solut.* 16 et 17. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Dig. 46. 3. *De solut.* 23. f Pompon. 40. f. Marcian., et 53. f. Gai. — (5) *Ib.* 43. f. Ulp. — (6) Cod. 4. 32. *De usuris.* 19. const. Philipp. — 8. 43. *De solution.* 9. const. Dioclet. et Maxim.

1680. Après le payement, nous passons aux modes de libération qui prennent leur source dans la volonté réciproque des parties, et qui peuvent dissoudre le lien de droit sans que ce qui était dû ait été accompli. — Sur ce point, les jurisconsultes romains avaient un principe dominant, répété dans plusieurs de leurs fragments, et notamment en ces termes par Ulpien : « Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est ; » en ceux-ci, par Gaius : « Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt ; » et enfin par Paul, en ces autres expressions . « Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur (1). » Ainsi, de même que le droit civil romain n'admettait pas en principe que le consentement seul des parties suffît pour former les obligations, de même il n'admettait pas en règle générale qu'il fût suffisant pour les dissoudre. De même que les obligations étaient produites : ou *per æs et libram*, dans l'ancien droit, et plus tard simplement *re;* ou *verbis*, quand les paroles eurent été détachées de la formalité de l'*æs et libra ;* ou *litteris*, quand on put tenir, par écrit, cette formalité pour accomplie, et se lier comme si elle avait eu lieu ; ou enfin *consensu*, lorsque quatre contrats consensuels eurent été acceptés du droit des gens ; de même nous avons à rechercher si, et dans quels cas, les obligations ont pu être déliées : *per æs et libram, re, verbis, litteris* ou *consensu*.

1681. L'obligation est dissoute *re*, quand la chose qui en fait l'objet est payée : ce mode n'est donc autre chose que le payement, et, par conséquent, il est commun à toutes les obligations. Mais il se présente seul, pour les obligations nées des quatre contrats réels, le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum*, et le *pignus*. Formées *re*, et devant, en conséquence, être détruites *re*, ces obligations, tant qu'elles restent dans leur propre nature, ne comportent pas les autres modes de libération consensuelle.

1682. A l'égard de l'*æs et libra*, des paroles (*verba*), et peut-être de l'écriture sur les registres domestiques (*litteræ*), elles avaient servi à opérer chacune une sorte de payement imaginaire (*species imaginariæ solutionis*) correspondant aux obligations contractées par le même moyen, et consistant, en résumé, à supposer, soit *per æs et libram*, soit par paroles (*verbis*), soit par l'écriture (*litteris*), que la chose due avait été payée.

1683. Gaius nous le dit formellement de l'*æs et libra*, et il en décrit ainsi la solennité, dans un texte qui, bien que la formule soit restée en partie illisible, ne laisse pas que d'être curieux : « Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens ; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur : QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE... (peut-être *de quo agitur nexus sum, id tibi hoc*) ASSE SOLVO LIBEROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA : HANC TIBI

(1) DIG. 50. 17. *De regul. jur.* 35. f. Ulp. ; 100. f. Gai. ; 153. f. Paul.

LIBRAM POSTREMAM... (peut-être *porrigo*) DE LEGE ET JURE... (peut-être *liberatus*). Deinde asse percutit libram, eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa (1). »

Ce mode était celui qui devait être employé pour la remise des obligations contractées *per æs et libram* (*quod per æs et libram gestum est*); pour celle des legs constituant obligation, c'est-à-dire des legs *per damnationem* (*quod per damnationem relictum est*) : car c'était là une obligation formée *per æs et libram,* puisque le testament lui-même était fait au moyen de cette solennité; et enfin pour la remise de ce qui était dû par sentence judiciaire (*quod ex judicati causa debetur*) (2). Cette dernière dette ne rentre pas dans la classe des obligations formées *per æs et libram,* et l'on peut rechercher pourquoi le payement imaginaire *per æs et libram* y avait été appliqué. Sans doute, la possibilité d'une remise de pareille obligation ayant été admise, la solennité du payement simulé *per æs et libram*, en présence de cinq citoyens et du porte-balance, était la seule qui répondit convenablement à la solennité et à la publicité de l'action et de la sentence judiciaire (3). — Déjà Cicéron nous avait fait connaître, précisément en matière d'obligations de legs, ce mode antique de libération, que le manuscrit de Gaius est venu éclairer davantage (4). — Du reste, la forme même de ce payement simulé au moyen du métal et de la balance, nous indique assez qu'il n'a dû s'appliquer, dans sa nature primitive, qu'aux obligations de choses nommées par les Romains *certa pecunia,* qui s'estiment au poids, ou au nombre, après l'introduction de la monnaie (*quod pondere,*

---

(1) GAI. Comm. 3. § 174. — (2) GAI. Comm. 3. §§ 173 et 175.

(3) Le principe que la condamnation était toujours pécuniaire : celui que la première obligation avait été novée d'abord par la *litis contestatio*, où les citoyens primitivement étaient pris à témoin, *testes estote :* celui qu'une seconde novation avait eu lieu par la sentence, prononcée aussi par le juge publiquement, en présence des citoyens : tous ces principes ne servent-ils pas à expliquer pourquoi le payement imaginaire devait être fait aussi en présence de cinq citoyens, le caractère demi-public et demi-privé du *libripens* répondant au caractère du JUDEX? Ces expressions de la formule, DE LEGE ET JURE *liberatus*, n'y sont-elles pas aussi pour quelque chose? — (4) CICÉRON, *De legibus*, liv. 2, § 20, parlant des raffinements et des subtilités des jurisconsultes, quant à ce qui regarde l'obligation aux sacrifices, nous présente un légataire, à qui la quotité de son legs imposerait ces sacrifices, s'en déchargeant, en faisant, *per æs et libram*, remise du legs à l'héritier testamentaire : de telle sorte que ce legs est comme non avenu : « Quin etiam cavent, ut cui plus legatum sit quam sine religione liceat, per æs et libram heredem testamenti solvat : propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset. » — Quelques lignes plus bas (§ 21), il nous présente un légataire, dans la même circonstance, libérant *per æs et libram* l'héritier testamentaire de l'obligation du legs; mais stipulant aussitôt de lui la même somme : de sorte que ne lui étant plus due à titre de legs, mais bien à titre de stipulation, elle ne l'oblige pas aux sacrifices : « Ut per æs et libram heredem testamenti solvat; et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is cui legatum est, stipulatus est idipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non alligata sacris. »

*numero constat*). C'est ce que nous dit Gaius (Com. 3, § 175), en ajoutant que quelques jurisconsultes pensaient qu'il fallait y joindre celles qui s'estiment à la mesure (*mensura*).

1684. Quant aux paroles (*verba*), elles ont fourni aussi une autre sorte de payement imaginaire (*imaginaria solutio*), qui n'est que la contre-partie de la stipulation, et qui consiste dans une interrogation du débiteur, demandant au créancier si ce qui lui a été promis il le tient pour reçu, et dans la réponse affirmative du créancier : « QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? — HABEO. » C'est ce qu'on nomme, de la part du créancier, *acceptum ferre; acceptilatio*. Ce payement simulé par les paroles (*verbis*) n'est applicable qu'aux obligations qui ont été contractées elles-mêmes par ce moyen (1).

1685. Il est naturel de penser que les obligations formées *litteris*, par l'expensilation faite sur le registre du créancier avec le consentement du débiteur, ont dû pouvoir se résoudre par une expensilation contraire de la même somme, faite sur le registre du débiteur avec le consentement du créancier. Toutefois il est remarquable que Gaius ne l'indique nullement, quoiqu'il traite des payements imaginaires, soit *per æs et libram*, soit *verbis*; les autres sources ne nous en transmettent non plus aucun vestige.

1686. Le simple dissentiment s'applique, comme mode de dissolution, aux contrats consensuels. — Le sommaire de tout ce que nous venons de dire se trouve résumé dans ce fragment de Pomponius, au Digeste de Justinien, où il n'a peut-être pas été inséré dans son intégrité : « Prout quidque contractum est ita et solvi debet. Ut, cum re contraxerimus, re solvi debet : veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniæ tantumdem solvi debeat; et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis obligatio solvi debeat : verbis, veluti cum acceptum promissori fit : re, veluti cum solvit quod promisit. Æque cum emptio, vel venditio, vel locatio contracta est : quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest (2). »

1687. Des divers payements imaginaires, les Instituts de Justinien n'indiquent que l'acceptilation, dont l'usage était bien plus fréquent et plus commode; qu'on avait trouvé le moyen, comme nous allons le voir, d'étendre à toutes les espèces d'obligations, et qui était le seul existant encore à cette époque.

I. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri ut patiatur hæc verba debitorem dicere : QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et

I. L'obligation se dissout aussi par l'acceptilation. L'acceptilation est un payement imaginaire. En effet, si Titius veut faire remise de ce qui lui est dû par obligation verbale, il peut le faire, en consentant à ce que son débiteur l'interroge en ces termes : CE QUE JE T'AI

(1) GAI. Comm. 3. §§ 169 à 172. — (2) DIG. 46. 3. *De solut.* 80. f. Pomp.

Titius respondeat : HABEO. Sed et græce potest acceptum fieri, dummodo sic fiat ut latinis verbis solet : ἔχεις λαϐὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαϐών. Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

PROMIS, LE TIENS-TU POUR REÇU? et en répondant : JE LE TIENS POUR REÇU. L'acceptilation peut se faire aussi en grec, pourvu qu'on y procède comme dans les expressions latines : ἔχεις λαϐὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαϐών. Par ce moyen, comme nous l'avons dit, se dissolvent seulement les obligations formées par paroles, mais non les autres. Il a paru concordant, en effet, qu'une obligation formée par paroles pût se dissoudre par d'autres paroles. Mais ce qui est dû pour toute autre cause, on peut le comprendre dans une stipulation et en libérer par acceptilation. De même qu'on peut payer, de même on peut faire acceptilation pour une partie seulement de la dette.

1688. L'acceptilation, par sa propre nature, était exclusivement applicable aux obligations contractées elles-mêmes *verbis*. A l'égard de toute autre obligation, si elle avait eu lieu, elle n'aurait pas opéré libération selon le droit civil (*ipso jure*). Toutefois, la jurisprudence ne l'aurait pas laissée sans effet; et d'après ce principe, que, nulle comme stipulation, elle contient du moins en soi un pacte (*non sua natura, sed potestate conventionis valet*), elle aurait fonctionné comme pacte, et procuré au débiteur le secours d'une exception. « Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id acturus videtur, ne peteretur (1). » — Mais les jurisprudents avaient trouvé le moyen d'étendre, même selon le droit civil (*ipso jure*), à toute espèce d'obligations, le payement imaginaire par acceptilation. Ce moyen fut déduit de ce que la stipulation pouvait être employée pour nover toute espèce d'obligations : il était possible ainsi de les ramener toutes à la forme d'une obligation verbale, et, après avoir changé leur nature en les éteignant par cette novation, de dissoudre par acceptilation l'obligation nouvelle qui les avait remplacées. Ce mécanisme suppose la connaissance déjà acquise de ce que c'est que la novation : les Instituts vont l'expliquer deux paragraphes plus bas.

II. Est prodita stipulatio quæ vulgo AQUILIANA appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est : « Quidquid te mihi ex quacunque causa dare, » facere oportet, oportebit, præsens in » diemve; quarumque rerum mihi te-

2. Une stipulation a été mise au jour, nommée communément AQUILIENNE, par laquelle toute obligation de choses quelconques est comprise en une stipulation, et dissoute ensuite par acceptilation. En effet la stipulation Aquilienne opère novation de toutes les obligations; elle a été conçue en ces termes, par Gallus Aquilius : « Tout ce que, par » une cause quelconque, tu dois ou de-

(1) DIG. 2. 14. *De pact.* 27. § 9. f. Paul. — 46. 4. *De acceptil.* 8. f. Ulp. — 18. 5. *De rescind. vend.* 5. pr. f. Julian.

» cum actio, quæque adversus te petitio » vel adversus te persecutio est eritve, » quodve tu meum habes, tenes possi- » desve, dolove malo fecisti quominus » possideas : quanti quæque earum re- » rum res erit, tantam pecuniam dari » stipulatus est Aulus Agerius, spopon- » dit Numerius Negidius. Item ex di- » verso Numerius Negidius interrogavit » Aulum Agerium : Quidquid tibi ho- » dierno die per Aquilianam stipulatio- » nem spopondi, id omne habesne ac- » ceptum? respondit Aulus Agerius : » Habeo, acceptumque tuli. »

» vras donner ou faire pour moi, ac- » tuellement ou à terme : toute chose » pour laquelle j'ai ou j'aurai contre toi » action, pétition ou poursuite; toute » chose à moi, que tu as, que tu tiens » ou que tu possèdes, ou que tu as cessé » par dol de posséder : autant que cha- » cune de ces choses vaudra, autant a » stipulé Aulus Agérius qu'il lui serait » donné en argent, et a promis Numé- » rius Négidius. De même, à son tour, » Numérius Négidius a interrogé Aulus » Agérius : Tout ce que je t'ai promis » aujourd'hui par stipulation Aquilienne, » le tiens-tu pour reçu? Aulus Agérius » a répondu : Je le tiens et l'ai porté » pour reçu. »

1689. Cet Aquilius Gallus est ce collègue et cet ami dont nous parle Cicéron (*collega et familiaris meus*). Disciple de Mucius, maître de Servius Sulpicius, collègue de Cicéron dans la préture (an de Rome 688), il acquit, entre tous les jurisconsultes de son temps, une grande autorité auprès du peuple : « Ex quibus, Gallum maxime auctoritatis apud populum fuisse, Servius dicit (1). » Il imagina plusieurs formules diverses, qui restèrent dans la jurisprudence, pour tourner des rigueurs ou des difficultés du droit civil, et pour arriver à des résultats pratiques plus utiles. Telle est celle dont nous avons déjà parlé (t. II, n° 698), pour rendre possible l'institution des posthumes siens (2); telles sont les formules relatives au dol, ainsi que nous l'apprend Cicéron (3); telle est enfin la formule que nous donne ici notre texte, et qui est connue sous le nom de stipulation Aquilienne.

Cette formule, telle que nous la trouvons ici, n'est autre chose que le modèle d'un de ces écrits, dont nous avons donné divers exemples (ci-dessus, n° 1360), destinés à constater les stipulations, les promesses ou les acceptilations faites entre parties. Les noms de AULUS AGERIUS et NUMERIUS NEGIDIUS étaient les noms consacrés parmi les jurisconsultes, pour les parties supposées en action, dans leurs modèles de formules. — La formule de la stipulation Aquilienne est rédigée dans la supposition d'une transformation complète de toutes obligations préexistantes, en une obligation unique et verbale : et de la dissolution immédiate de cette obligation au moyen de l'acceptilation; de telle sorte que le créancier tient son débiteur absolument quitte de tout ce qu'il lui doit jusqu'à ce jour.

1690. Il faut remarquer quel soin et quelle prévision Aquilius Gallus a mis pour que sa formule embrassât tous les droits possibles : CAUSA est l'expression générique; OPORTET, OPORTEBIT

(1) DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 42. f. Pomp. — (2) DIG. 28. 2. *De liber.* 29. pr. f. Scævol. — (3) Voir ci-dessus, p. 253, et note 1.

embrasse le présent et l'avenir; PRÆSENS, IN DIEMVE, est relatif à la modalité des dettes à terme; ACTIO, c'est l'action *in personam; PETITIO*, l'action *in rem;* PERSECUTIO, le recours extraordinaire devant le magistrat; HABES a trait à la vindication proprement dite; TENES à la détention physique; POSSIDES à la possession civile; les expressions DOLOVE MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDEAS ont été ajoutées à la formule depuis Aquilius Gallus : elles indiquent l'obligation de celui qui a frauduleusement fait disparaître une chose, et l'a fait sortir de sa possession, pour frustrer celui qui avait le droit de la réclamer. — Du reste, les parties, dans la pratique, pouvaient restreindre cette formule et en appliquer le procédé à telle ou telle obligation spéciale qu'ils avaient particulièrement en vue. — Le modèle de la formule est conçu comme s'il s'agissait, immédiatement après avoir fait la stipulation Aquilienne, de l'éteindre par acceptilation; mais nous voyons, par divers fragments, qu'on l'employait aussi quelquefois pour faire une novation sérieuse, et pour substituer une obligation unique et verbale, munie de son action, à toutes les obligations préexistantes, notamment en matière de transaction (1).

**III.** Præterea novatione tollitur obligatio : veluti si id quod tu Seio debebas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem : adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id quod tu Titio debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicam, factam novationem, si conditio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in

**3.** L'obligation se dissout aussi par la novation; par exemple, si ce que tu devais à Seius, celui-ci le stipule de Titius; car par l'intervention d'un nouveau débiteur naît une obligation nouvelle, et la première, transférée dans la seconde, se dissout : tellement qu'il peut arriver que bien que la stipulation postérieure soit nulle, la première, par l'effet de la novation, cesse d'exister; par exemple, si ce que tu devais à Titius, celui-ci le stipule d'un pupille non autorisé de son tuteur. Dans ce cas, tout droit est perdu; car le premier débiteur est libéré, et la seconde obligation est nulle. Il n'en sera pas de même s'il stipule d'un esclave; car, ici, le premier débiteur reste obligé comme si la stipulation postérieure n'avait pas eu lieu. Mais si c'est de ton débiteur même que tu fais la seconde stipulation, il n'y aura novation que si cette stipulation postérieure contient quelque chose de nouveau; par exemple l'adjonction ou la suppression d'une condition, d'un terme ou d'un fidéjusseur. Ce que nous avons dit, qu'il y a novation en cas d'adjonction d'une condition, doit être entendu en ce sens que la novation aura lieu si la condition s'accomplit; mais que si elle ne s'accomplit pas, la première obli-

(1) DIG. 2. 15. *De transact.* 2 et 9. § 2. f. Ulp.; 15. f. Paul. — COD. 2. 4. *De transact.* 3. const. Alexand. — PAUL. Sent. 1. 1. § 3.

aliis casibus introducebant. Ideo nostra processit constitutio quæ apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt : alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

gation reste. Mais chez les anciens, ce point était constant, que la novation n'a lieu qu'autant que la seconde obligation a été contractée dans l'intention même de nover; il s'élevait des doutes sur celui de savoir quand avait existé cette intention, diverses présomptions étant introduites sur ce point, par les uns ou par les autres, selon la diversité des cas. C'est pourquoi a paru notre constitution, décidant nettement qu'il y aura novation seulement lorsque les contractants auront expressément déclaré qu'ils ont contracté pour opérer novation de la première obligation : sans quoi, l'ancienne obligation subsistera, et la seconde viendra s'y joindre; de telle sorte qu'il y en aura deux, aux termes de notre constitution, comme on peut le voir plus amplement par la lecture de cette constitution.

1691. Nous passons ici à un autre mode de dissolution des obligations, reconnu par le droit civil (*ipso jure*) : la novation (1).

Le droit civil, en effet, avait admis qu'on pouvait dissoudre une obligation en la remplaçant par une nouvelle contractée à sa place. De là cette définition et cette étymologie du mot novation, qui nous sont données par Ulpien : « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio : hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione (2). »

1692. Toutes les obligations quelconques, qu'elles aient été formées *re, verbis, litteris* ou *consensu*, qu'elles proviennent de contrats ou comme d'un contrat, de délits ou comme d'un délit, toutes peuvent être novées. « Omnes res transire in novationem possunt, » dit Ulpien laconiquement (3). — Dans les principes du droit civil, c'est ici assurément un résultat bien remarquable; car la première obligation se trouvera dissoute sans qu'il y ait eu ni payement ni libération par le mode même qui avait servi à la contracter, et l'on reconnaîtra à la forme employée pour établir le nouveau lien, la puissance de créer à la fois cette nouvelle obligation et de dissoudre la première. — On sent, dès lors, que tous les modes admis pour s'obliger ne pourront pas avoir une telle puissance; qu'il faudra, avant tout, un mode du droit civil; et que, parmi ceux-là encore, tous ne seront pas susceptibles, par leur nature même, de produire un pareil effet. Le contrat verbal de stipulation et l'ancien contrat *litteris* étaient les seuls contrats par lesquels pût s'opérer la novation; en outre, indépendamment

(1) Gai. Comm. 2. §§ 38 et 39; Comm. 3. §§ 176 à 179. — Dig. 46. 2; et Cod. 8. 42. *De novationibus et delegationibus*. — (2) Dig. 46. 2; *h. tit.* 1. pr. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 2, et 1. § 1. f. Ulp.

de ces novations contractuelles, les diverses phases des procès en produisaient, dans certains cas, de forcées, que je pourrais qualifier de novations juridiques ou judiciaires, et qu'il faut mentionner ici pour compléter l'exposition. Mais, à vrai dire, le seul mode général de novation, et le plus commode, le seul qui se pliât à toutes les volontés des parties pour le nouvel engagement à contracter et pour les modalités à y mettre, le seul qui fût vulgairement usuel, le seul enfin que nous trouvions mentionné dans les sources qui traitent spécialement de la novation : c'est le contrat de stipulation. « Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione. » — « Et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscunque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest (1). »

1693. Pour qu'il y ait novation, il faut nécessairement qu'il existe une première obligation. Du reste, que cette obligation soit civile ou prétorienne, ou même purement naturelle (*utrum naturalis, an civilis, an honoraria*), peu importe (2); car il faut reproduire ici ce que nous avons déjà dit, que les obligations naturelles peuvent servir de base à une novation comme aux divers contrats accessoires de garantie (ci-dessus, n° 1184).

1694. Il faut aussi que la stipulation qui a eu lieu pour opérer la novation existe comme contrat verbal d'après le droit civil, et que la nouvelle obligation qu'elle a eu pour but de produire existe elle-même et soit efficace, au moins naturellement : « Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter. » — Ce double principe nous servira à expliquer deux points de notre texte, qui n'ont pas été admis sans controverse dans la jurisprudence, ni commentés sans difficulté par les modernes :

1695. 1° Nous voyons, par notre texte, que la novation pourrait résulter d'une promesse sur stipulation faite par un pupille, même sans autorisation de son tuteur; mais non de celle faite par un esclave. Cependant, dans l'un comme dans l'autre cas, il se forme une obligation naturelle : pourquoi donc cette différence quant aux effets relatifs à la novation? Gaius nous apprend que cette différence n'avait pas été admise sans discussion. Servius Sulpicius pensait que, même par suite de la promesse verbale faite par un esclave, la première obligation se trouvait novée, et par conséquent dissoute. Mais l'avis contraire avait prévalu (*alio jure utimur*). En effet, il ne suffit pas, pour la novation, qu'il soit né une obligation nouvelle, au moins naturelle, il faut que cette obligation soit née d'un contrat verbal. Or un pupille, même non autorisé, sauf les règles sur l'étendue de ses obligations, peut interroger ou répondre dans un contrat *verbis*; l'esclave, au contraire, ne peut y figurer que comme instrument de son maître, dans le

(1) Ulpien, mêmes fragments qu'à la note précédente. — (2) *Ibid.*

rôle de stipulant et non dans celui de promettant : aussi la question de la novation qu'il ferait en stipulant est-elle traitée, dans la jurisprudence romaine, d'une tout autre manière et par de tout autres considérations (1); mais lorsqu'il promet, il n'y a pas, dit Théophile, de promettant, il n'y a pas, en droit civil, de personne; partant, pas de contrat verbal : pas plus, dit Gaius, que si l'on avait stipulé, par la formule quiritaire SPONDES? d'un pérégrin à qui la communication de cette formule n'avait pas été concédée (2).

1696. 2° Le texte nous dit encore que, si la stipulation intervenue pour nover est une stipulation conditionnelle, la novation elle-même n'est que conditionnelle, et que, la condition venant à défaillir, la novation n'aura pas eu lieu, et la première obligation subsistera toujours. Servius Sulpicius avait encore été d'un sentiment contraire; il pensait que la première obligation était novée immédiatement, par la stipulation même conditionnelle. L'avis contraire avait encore prévalu (*sed in utroque casu alio jure utimur*). Ceci paraîtrait devoir être une question d'intention : les parties ont-elles voulu, à la première obligation, substituer définitivement la seconde, toute conditionnelle qu'elle fût? ou n'ont-elles voulu opérer qu'une novation conditionnelle? En principe, les jurisconsultes romains avaient raisonné plus subtilement; ils considéraient la novation elle-même comme conditionnelle : « Non statim fit novatio; sed tunc demum cum conditio extiterit » (3). Mais Gaius nous apprend qu'on repoussait par une exception de dol ou de pacte celui qui voulait agir en vertu de la première obligation (4).

1697. La nouvelle obligation verbale, éteignant et remplaçant la première, peut être contractée par un nouveau débiteur envers le même créancier; car de même qu'un tiers peut payer la dette pour le débiteur, de même il peut la nover. C'est ce qui se nomme, dans l'acception la plus générale, *expromittere;* et celui qui, par sa promesse, libère ainsi le débiteur, porte le nom de *expromissor* (5). C'est encore une espèce particulière d'*intercessor*. Ce changement de débiteur exige nécessairement le consentement du créancier; mais il peut avoir lieu sans celui du débiteur primitif. —C'est à ce dernier cas, c'est-à-dire quand le nouveau débiteur intervient et opère la novation sans le concours de l'ancien, que l'on applique plus particulièrement le nom d'*expromissio*.—On donne

(1) Dig. 12. 2. *De jure jur*. 20. f. Paul., et 21. f. Gai. —46. 2. *De novat*. 16. f. Florent., 25. f. Cels., 34. f. Gai.—46. 3. *De solut*. 19. f. Pomp. —(2) Gai. Comm. 3. § 179. — (3) Dig. 46. 2. *h. tit*. 8. § 1; et 14. pr. f. Ulp. — (4) Gaius. *loc. cit*. — (5) Cette expression est générale et s'emploie même dans les cas où l'*expromissor* a été donné par le débiteur primitif. Dig. 13. 7. *De pignerat*. 10. f. Gai. — 16. 1. *Ad S. C. Vellej*. 8. § 8. f. Ulp. — 42. 1. *De re jud*. 4. § 3. f. Ulp. C'est donc à tort qu'on la restreint exclusivement, dans le langage de la pratique, au cas où le débiteur primitif reste étranger à la novation. Remarquez la valeur différente de ces diverses propositions cum, ad et ex, dans les mots de *correi promittendi*, *adpromissor* ou *expromissor*.

celui de *delegatio* au cas où c'est l'ancien débiteur lui-même qui procure à son créancier un autre débiteur à sa place. « Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit (1). »

1698. La nouvelle obligation verbale peut aussi être contractée par le même débiteur envers un nouveau créancier, pourvu que ce soit sur l'ordre du créancier. Gaius nous présente cette sorte de novation comme un moyen détourné de transporter à autrui le bénéfice d'une créance : « Opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris : quæ res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri : quæ dicitur, novatio obligationis (2). »

1699. Elle peut l'être même par un nouveau débiteur envers un nouveau créancier, sur l'ordre de l'ancien : cela résulte de la définition que nous venons de donner de la délégation, d'après Ulpien (*alium reum dare creditori, vel cui jusserit*).

1700. Enfin, il peut arriver que le débiteur et le créancier restent les mêmes. Dans ce cas, si ce qui est stipulé était dû en vertu d'une autre cause que d'un contrat verbal : par exemple, par suite d'un *mutuum*, d'un dépôt, d'un délit, nul doute que, bien qu'il n'y ait rien de changé dans l'objet ni dans les modalités de l'obligation, il ne s'opère novation : c'est même là-dessus qu'était fondée la possibilité d'éteindre toutes les dettes quelconques par acceptilation (3). Mais si la première obligation provenant déjà d'une stipulation, la seconde stipulation n'en diffère en rien, on ne voit pas ce qu'il y a eu de changé, et en quoi on pourrait dire qu'il y a novation. C'est dans la supposition d'un cas pareil, que Gaius, et notre texte d'après lui, disent qu'il n'y aura novation que si la stipulation postérieure contient quelque chose de nouveau (*si quid novi sit*).

Il faut remarquer, à ce sujet, ce que notre texte dit de l'adjonction ou de la suppression d'un fidéjusseur. Gaius, dans ses Instituts, ne parle que d'un *sponsor*. On conçoit, en effet, que, la *sponsio*, comme nous l'avons dit (ci-dess., n° 1386, note 5), devant avoir lieu en même temps, dans une seule et même opération, il fallait procéder à un nouveau contrat verbal pour ajouter ou pour ôter un *sponsor ;* dans ce cas, y avait-il novation ? L'affirmative n'avait prévalu qu'après controverse, et contre l'avis des Proculéiens (4). A l'égard du *fidejussor*, que les rédacteurs des Instituts de Justinien ont substitué au *sponsor*, l'idée d'une novation n'est plus guère admissible, à moins de supposer que les contractants éteignent la première obligation verbale et la remplacent par une seconde identique, uniquement pour libérer les fidéjusseurs qui l'avaient garantie, ou que le même débiteur promet de

(1) Dig. 46. 2. *h. tit.* et 17. f. Ulp. — (2) Gai. Comm. 2. § 38. — (3) Ce que nous avons dit (ci-dessus, n° 1376, et note 1) de la stipulation intervenant immédiatement après une numération d'espèces, est fondé sur des motifs tout particuliers. — (4) Gai. 3. § 178.

nouveau la même chose, en faisant intervenir ou en s'engageant à fournir un fidéjusseur.

1700 *bis*. Il semble qu'il devrait y avoir aussi novation lorsqu'il y a changement de dette, et c'est chez nous (Code civil, art. 1271, 1°) l'hypothèse la plus simple. Mais il n'en était pas ainsi à Rome; il résulte de l'ensemble des textes qu'une stipulation qui ne portait pas sur le même objet, n'emportait qu'une *quasi-novation*, dont il n'était tenu compte qu'au moyen d'expédients prétoriens (1).

1701. En résumé, il suit de ce qui précède que la novation peut s'opérer par le changement : ou de débiteur, ou de créancier, ou de débiteur et de créancier à la fois, ou de mode d'obligation.

1702. Dans tous les cas, de savoir si les deux obligations qui se succèdent ne sont pas deux obligations distinctes, indépendantes l'une de l'autre; ou si la première est dissoute et remplacée par la seconde : c'est une question essentielle. Dans le droit romain primitif, la novation s'opérait par le seul effet de la formule (2). Plus tard, ce fut une question d'intention : « *Si hoc agatur, ut novetur* (3); » question susceptible, sans contredit, d'amener, en fait, de grandes difficultés d'appréciation et de nombreux procès. Le texte nous dit encore comment Justinien, pour mettre fin à ces difficultés, a décidé clairement par une constitution qu'il n'y aurait novation qu'autant que les parties auraient formellement et expressément déclaré que telle était leur intention. Cependant cette constitution n'est pas tellement claire, que son interprétation n'ait soulevé encore de difficiles controverses entre les commentateurs : les uns entendant la nécessité de cette déclaration expresse de la part des parties, radicalement, pour tous les cas; les autres seulement pour les cas où leur intention pourrait être douteuse (4).

1703. Quant à la novation par le contrat *litteris*, que le *nomen transcriptitium* ait lieu soit *a re in personam*, soit *a persona in personam*, ce que nous avons dit ci-dessus (n° 1426) suffira pour nous la faire connaître. Il y a cela de bien remarquable, que Gaius, après avoir traité de l'obligation *litteris* à son rang, parmi les contrats, ne l'indique pas même au nombre des moyens d'opérer la novation, quand il arrive à cette matière. L'obligation préexistante figure ici plutôt comme motif de l'inscription du *nomen*, que comme objet d'une novation; mais l'effet de la novation, toutes les fois qu'il y avait une obligation antérieure, séparée de l'inscription sur les registres par un temps suffisant pour que tout

(1) Cette doctrine, qui était celle de Cujas et de Pothier, a été spécialement mise en lumière par M. Gide (*Des conditions de la novation, d'après les Institutes de Gaius. Revue de lég. franç. et étrang.*, ann. 1870-1871). — (2) Voir M. Gide, *ibid.* — (3) DIG. 46. 2. 8 §§ 2 et 5. f. Ulp.; 28. f. Papin. — (4) COD. 8. 42. *De novat.* 8. const. Justinian. — M. Gide, *ibid.*

cela ne pût être considéré comme une seule et même opération, n'en existe pas moins, et Théophile, dans sa paraphrase du titre 21 précédent, l'énonce formellement.

1704. Enfin ce qui concerne les novations juridiques ou judiciaires est à noter. Nous avons déjà eu occasion de dire que dans les actions *in personam* qualifiées de *judicia legitima* et conçues *in jus*, les phases du procès opéraient deux fois une sorte de novation : la première par l'effet de la *litis contestatio;* la seconde par celui de la sentence. De telle sorte que le défendeur est obligé successivement, d'abord par la cause génératrice de son obligation; ensuite par la litis-contestation (*litis contestatione*); et enfin par la sentence (*ex causa judicati*). Ce que les anciens, nous dit Gaius, résumaient en ces termes : « Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere (1). » Cette sorte de novation, qui ne nous a été parfaitement révélée que par Gaius, et sur laquelle nous aurons à revenir en traitant des actions, nous était déjà indiquée, notamment par ce fragment de Paul, qui nous signale entre elle et la novation volontaire une différence saillante : « Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt, etc. : » savoir, que celles-ci n'éteignent pas les priviléges, gages ou hypothèques attachés à l'ancienne créance : « Neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem (2). » — Il est à remarquer que Gaius, dans ses Instituts, en traitant, à la suite de la novation, de ces effets produits par les phases des *legitima judicia*, ne leur donne pas nominativement le nom de novation, lequel ne se rencontre pas non plus, si ce n'est d'une manière indirecte, dans les autres fragments qui nous sont restés de l'ancienne jurisprudence romaine : d'où quelques esprits ont été portés à repousser d'ici le mot de novation. Mais Gaius qualifie à coup sûr ces effets de moyen d'éteindre les obligations : « *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione; si modo legitimo judicio fuerit actum,* » et comme l'obligation ne s'éteint ici que par son remplacement par une autre, c'est bien, quant à l'acception philologique du mot, et quant au résultat, une novation. Le fragment de Paul dont nous venons de rapporter le texte, par l'opposition qu'il met entre le cas de la novation volontaire (*novationis voluntariæ*) et celui du *judicium acceptum*, fait bien voir que l'antithèse est, pour ce dernier cas, celle d'une novation non volontaire; et que par conséquent le mot, comme la chose, étaient reçus parmi les jurisconsultes romains (3). Ce qu'il y a d'incontestable, c'est que cette sorte de novation *non volontaire* se

(1) Gai. Comm. 3. § 180. — (2) Dig. 46. 2. *h. tit.* 29. f. Paul. — 50. 17. *De reg. jur.* 86 et 87. f. Paul. — (3) Voir Fragm. Vatic. § 263 : « Nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones *novavit.* »

distinguait profondément par ses conséquences, ainsi que nous venons de l'exposer, de la véritable novation, ou *novation volontaire*. Tout le monde étant d'accord là-dessus, le reste n'est qu'une question de langage. (App. 1, liv. 4.)

**IV.** Hoc amplius, eæ obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum; deinde re nondum secuta, id est, neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt.

**4.** En outre, les obligations qui se contractent par le seul consentement, se dissolvent par une volonté contraire. Car si Titius et Seius sont convenus de la vente du fonds Tusculanum à Seius pour cent écus d'or; et qu'ensuite, avant tout fait d'exécution, c'est-à-dire avant qu'il y ait eu ni payement de prix, ni livraison du fonds, ils conviennent de se départir de cet achat et de cette vente, ils sont mutuellement libérés. De même dans le louage, et dans tous les contrats formés par le seul consentement.

1705. Ce paragraphe ne s'applique absolument qu'à une seule supposition : celle qu'après avoir formé un contrat consensuel, une vente, un louage, une société, un mandat, les parties, d'un consentement mutuel, veulent s'en départir, et le dissoudre comme s'il n'avait jamais eu lieu. Pour cela, évidemment, il faut que les choses soient encore entières : « *Integris omnibus; — omnibus integris manentibus; — antequam fuerit res secuta; — si res secuta non fuerit; — priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur; — re integra,* » disent et répètent tous les textes à ce sujet. En effet, si un commencement d'exécution a eu lieu de la part de l'une ou de l'autre des parties, ou si l'objet du contrat a péri, il n'est plus possible de révoquer les faits accomplis, d'empêcher ce qui a eu lieu d'avoir existé, et de faire évanouir le contrat comme s'il n'en était jamais rien advenu. La seule chose possible désormais, c'est, d'une part, de le faire cesser pour l'avenir, si, comme le mandat, la société ou le louage, il embrasse une certaine durée; et, d'autre part, d'en réparer autant que possible les effets dans le passé, par de nouveaux moyens propres à obtenir ce résultat. Qu'on lise tous les textes relatifs à ce principe, *integris omnibus* : ils sont tous rédigés dans la supposition d'un contrat que les parties veulent faire évanouir, comme chose non avenue (1).

1706. Mais que décider lorsqu'une des obligations a été exécutée et qu'il s'agit, entre les parties, d'éteindre, par une remise, celle qui survit, par exemple, lorsque le vendeur, après avoir livré la

(1) Dig. 2. 14. *De pact.* 58. f. Nerat. — 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin. — 18. 5. *De rescind. vend.* 3. f. Paul.; et 5. § 1. f. Julian. — 46. 3. *De solut.* 80. f. Pomp.; 95. § 12. f. Pap. — Cod. 4. 45. *Quando lic.* 1. const. Gord., et 2. const. Dioclet. et Maxim. — Et notamment ci-dessus, tit. 26, § 9 (n° 1572), où la condition *re integra* est exigée même en fait de mandat.

chose vendue, ou bien après que cette chose a péri sans sa faute par cas fortuit, veut libérer l'acheteur de la totalité ou d'une partie du prix? Peut-il le faire par simple convention, ou faut-il recourir à une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation? En d'autres termes, quels sont les effets du pacte de remise (*de non petendo*) appliqué à des obligations provenant de contrats de bonne foi? Ce pacte opère-t-il la dissolution de l'obligation *ipso jure*, ou seulement au moyen d'une exception? Il faut remarquer que dans les actions naissant de ces sortes de contrats, il n'est jamais nécessaire de faire insérer par le préteur aucune exception fondée sur l'équité; il entre dans l'office même du juge d'en tenir compte : d'où il suit que le plus souvent il n'y aura, en fait, aucune différence entre les résultats de la remise opérée de l'une ou de l'autre manière. Cependant il faut dire qu'en principe, s'il n'y a eu qu'un simple pacte, l'obligation continue de subsister; l'exception est sous-entendue, mais c'est toujours une exception (ci-dessus, n° 1582). L'obligation primitive, qui n'a pas été éteinte, reste munie de son action, sauf à l'obligé à se défendre devant le juge en invoquant le pacte *de non petendo* dont il peut se prévaloir. Et ceci n'est pas sans conséquences pratiques : — Supposez que par un second pacte les parties reviennent sur le premier, l'effet de celui-ci en est annulé; si l'obligé, devant le juge, invoque le pacte *de non petendo*, le créancier invoquera à son tour le pacte par lequel on est revenu là-dessus, et comme l'action est de bonne foi, le juge aura le pouvoir de connaître et de tenir compte de ces deux faits successifs sans que la formule ait eu besoin de les indiquer; — supposez qu'il y eût eu un fidéjusseur, le fidéjusseur, dont l'obligation a été formée *verbis*, non-seulement continue d'être obligé, mais il a besoin, lui, de faire insérer dans la formule l'exception tirée du pacte *de non petendo* fait avec l'obligé principal, dans les cas où il peut en profiter : enfin supposez qu'il y eût eu plusieurs débiteurs solidaires, on tombe, de même qu'à l'égard des diverses cautions, dans les règles du droit sur la question de savoir dans quel cas le pacte *de non petendo* devra ou non profiter à chacun : — toutes choses qui n'auraient pas lieu si ce pacte avait opéré dissolution.

1707. Ce que nous venons de dire du pacte *de non petendo* suivi d'un pacte contraire est bien plus sensible lorsque ces pactes se réfèrent à une obligation de droit strict, parce qu'alors l'insertion des exceptions dans la formule est nécessaire : si le défendeur fait insérer dans la formule l'exception tirée du pacte *de non petendo*, il faudra que le défendeur y fasse insérer, à son tour, la réplique tirée du pacte contraire qui a suivi : « Pactus *ne peteret*, postea convenit *ut peteret* : prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur : et ideo replicatione exceptio elidetur.

Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit (1). » Mais, bien qu'il soit rendu ici plus sensible par la forme des exceptions et des répliques, il n'en est pas moins vrai que le principe existe dans le cas précédent, de même que dans celui-ci. Ici même, supposez que le défendeur, au lieu de l'exception *in factum* tirée du fait même du pacte *de non petendo*, fît insérer dans la formule l'exception générale *de dolo malo*, le demandeur n'aurait plus besoin d'y faire insérer la réplique, le juge recevant le pouvoir, par l'exception de dol, de connaître et de tenir compte des divers pactes qui se sont succédé.

1708. Il est cependant quelques obligations qui s'éteignent *ipso jure*, par le simple pacte : tels sont les cas de l'action d'injures et de l'action de vol : « Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur : ut injuriarum, item furti (2). » — « Nam et de furto pacisci Lex permittit (3). » Cette loi, c'est la loi des Douze Tables, dont Festus et Aulu-Gelle nous ont conservé un fragment à ce sujet (ci-dessus, tom. I, *Hist.*, tab. 8, § 2, p. 110). — Paul fait entrer cet effet extinctif dans la définition qu'il donne des pactes légitimes (4); ceux dont il s'agit ici, en vertu de la loi des Douze Tables, ont ce caractère.

1709. Enfin, si l'obligation n'est appuyée que sur l'équité, sans être munie d'action en droit civil ni en droit prétorien, obligation naturelle seulement, Papinien dit que la convention de la dissoudre opérera à elle seule cette dissolution : « Quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur. » D'où il conclut que le fidéjusseur qu'aurait donné, par exemple, un pupille s'obligeant sans autorisation du tuteur, se trouverait libéré aussi bien que le pupille par cette convention de dissolution (5). Mais on aurait tort d'entendre cela du pacte *de non petendo*, à l'égard duquel il y a toujours la question de savoir, même en équité, si ce pacte, dans l'intention des parties, est ou non personnel, et quels sont ceux qui ont droit d'en profiter.

1710. Il y avait aussi, dans l'ancien droit, une extinction des obligations *ipso jure* par la *minima capitis deminutio*, sur laquelle nous nous sommes déjà suffisamment expliqué (ci-dess., nos 1152 et suiv.). — Il se produisait encore quelque chose de semblable, à l'égard des créances d'une succession, lorsque l'héritier, après avoir fait adition, cédait *in jure* l'hérédité à un

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 27. § 2. f. Paul. — (2) *Ibid*. 17. § 1. f. Paul. — (3) *Ibid*. 7. § 14. *in fin*. f. Ulp.; 27. § 4. f. Paul.; 30. pr. f. Gai. — 47. 10. *De injur*. 17. § 6. f. Ulp. — (4) *Ibid*. 6. f. Paul. : « Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur : et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur. » — (5) Dig. 46. 3. *De solution*. 95. § 4. f. Papin. : « Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur : quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur. Ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur. »

autre : par l'effet de cette *in jure cessio* les débiteurs de cette hérédité se trouvaient libérés (1). — Dans ces deux cas, c'était moins par elles-mêmes que par la disparition du débiteur dans l'un, et du créancier dans l'autre, que les obligations se trouvaient éteintes. Il n'en est plus question aux temps de Justinien.

1711. Mais indépendamment des quatre causes exposées dans notre titre, qui dissolvent, d'après le droit civil, les obligations : c'est-à-dire le payement, l'acceptilation, la novation et le mutuel dissentiment, il est quelques autres cas dans lesquels il s'opère aussi une sorte d'extinction des obligations fondée sur le droit civil, et qui demandent à être examinés ; à savoir : ceux de la confusion et de la perte de la chose.

1712. La confusion, qui s'opère lorsque la qualité de créancier et celle de débiteur viennent à se réunir dans la même personne, par exemple par l'effet d'une hérédité, est indiquée par les jurisconsultes comme éteignant civilement l'obligation (2). Cependant, à vrai dire, l'obligation n'est pas éteinte ; il y a seulement un obstacle, venant des personnes, à l'exercice de l'action, parce que nul ne peut s'actionner soi-même. Ceci a des conséquences pratiques nombreuses : — Ainsi, premièrement, si cet obstacle vient à être levé, par exemple par l'effet de la querelle d'inofficiosité ou par celui d'une restitution, l'action renaîtra dans le premier de ces cas ou devra être également restituée dans le second (3). Ainsi, en second lieu, s'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs solidaires ; ou bien avec un ou plusieurs débiteurs principaux s'il y a un ou plusieurs fidéjusseurs ou autres sortes d'obligés accessoires ; et que, dans ces cas plus ou moins compliqués, la succession s'établisse entre deux de ces personnes, soit les unes, soit les autres, suivant les combinaisons si variées qui peuvent s'y produire, les effets de la confusion ne sont pas toujours les mêmes, et il s'en faut de beaucoup qu'on puisse dire dans chacune de ces combinaisons que l'obligation est éteinte (4). — Voilà sans doute pourquoi cet événement ne figure pas ici, dans les Instituts, au nombre des moyens extinctifs de l'obligation.

1713. Il en est de même de la perte de la chose due. Quand il s'agit d'un corps certain (*species*) qui a péri sans la faute du débiteur, celui-ci se trouve libéré : à moins qu'il ne fût, pour une cause de droit quelconque, responsable des risques même fortuits ; comme il arriverait, par exemple, dans le cas de demeure (5).

---

(1) Gai. 2. § 35 ; et 3. § 85. — (2) Dig. 46. 3. *De solution.* 107. f. Pomp. : « Civiliter (resolvitur)... cum in eamdem personam jus stipulantis promittentisque devenit ; » et 75. f. Modest. — (3) Dig. 5. 2. *De inoffic. testam.* 21. § 2. f. Paul. — 29. 2. *De adquir. vel amitt. hæred.* 87. § 1. f. Papin. — (4) D. 46. 1. *De fidejuss. et mand.* 71. pr. f. Paul. — 46. 3. *De solut.* 95. §§ 2 et 3. f. Papin. — (5) Dig. 46. 3. *De solution.* 107. f. Pomp. : « Cum res in stipulationem deducta, sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit. » — Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 23. f. Pomp. ; 82. § 1. f. Ulp.

Cependant, à vrai dire, il y a plutôt ici un obstacle matériel, provenant de la chose, à l'exécution de l'obligation, qu'une extinction de cette obligation. Aussi cet événement ne figure-t-il pas non plus dans notre titre. Il faut, pour en déterminer les règles, se reporter à ce qui concerne les risques dans les divers contrats (ci-dess., n°s 1333, 1470 et 1601), et la prestation des fautes (ci-dess., n°s 1633 et suiv.). — Nous avons déjà parlé (ci-dess., n° 1333) de la difficulté de cette question : si la chose détruite est rétablie, l'obligation reprend-elle naissance? Les textes du Digeste nous présentent, à ce sujet, une opposition radicale entre un fragment de Celse et divers fragments de Paul, relativement au legs ou à la promesse qui aurait été faite d'un esclave, lequel, affranchi postérieurement, serait ensuite redevenu esclave. Celse voulait que le legs ou l'obligation résultant de la promesse reprît alors son effet; mais Paul nous dit que cela n'avait pas été admis (*nec admissum est quod Celsus ait*), parce que dans ce nouvel esclave il y a comme un autre homme. L'insertion du fragment de Celse est une inadvertance des compilateurs du Digeste, et Paul, postérieur à Celse de plus d'un siècle, semble nous indiquer positivement la jurisprudence qui avait prévalu. Par d'autres exemples qu'il donne, celui d'une barque dont les matériaux ont été désassemblés par le maître et ensuite réassemblés de nouveau, on voit qu'il s'attache à la question de savoir si on peut dire que la chose rétablie soit la même chose, ou si c'est une chose nouvelle. Dans ce dernier cas l'obligation ne renaît pas : « In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest (1). »

1714. Enfin, pour ce qui est des causes qui, d'après le droit civil, laissent subsister l'obligation, mais qui procurent au débiteur une exception pour se défendre contre l'action du créancier (extinction *exceptionis ope*), telles que le pacte de remise, le serment, la transaction, la compensation, etc., nous en parlerons dans l'ordre de notre texte, en traitant des exceptions.

(1) Dig. 32. *De legat.* 79. § 3. f. Cels.; et 34. 4. *De adim. legat.* 27. § 1. f. Paul. : ce qui concerne les révocations de legs. — 45. 1. *De verb. oblig.* 83. § 5. f. Paul.; et 46. 3. *De solut.* 98. § 8. f. Paul. : ce qui concerne l'extinction des obligations. — Voir sur ce sujet la publication spéciale de notre collègue M. Labbé : *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion* (textes du droit romain expliqués). Paris, 1868, in-8°.



# RÉSUMÉ DU LIVRE TROISIÈME.

(TITRE XIII A XXIX.)

## DES OBLIGATIONS.

### *Notion, sujets et objet de l'obligation.*

L'obligation constitue ce qu'on nomme aujourd'hui des droits *per sonnels.*

Elle est définie dans les Instituts : « *Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* » Les principaux termes techniques qui s'y réfèrent dans la langue du droit sont tirés de cette figure de langage : un lien, une attache, qui assujettit une personne à une autre. — Là nous trouvons indispensablement, comme sujets du droit, deux personnes : l'une, sujet actif, que l'on nomme *creditor,* créancier (de *credere,* avoir confiance, donner crédit); l'autre, sujet passif, nommé *debitor,* débiteur.

L'objet de l'obligation aboutit toujours, en définitive, à une chose qu'il s'agit de fournir (*alicujus solvendæ rei*), en prenant le mot de chose dans son acception juridique la plus étendue; *dare, facere, præstare,* sont trois mots dont la réunion est sacramentelle dans les formules du droit romain, pour embrasser en toute sa généralité l'objet que les obligations peuvent avoir. *Dare* se réfère uniquement à la translation de la propriété romaine; *præstare* est l'expression la plus générale, applicable à toute sorte d'avantage qu'il s'agit de procurer; en un mot, à toute sorte de *prestation,* soit de choses, soit de droits, soit de faits positifs ou négatifs.

### *Diverses espèces, et effets de l'obligation.*

La définition romaine de l'obligation ne s'applique qu'à l'obligation existant suivant le droit civil (*secundum nostræ civitatis jura*). Toutefois, le temps a fait admettre, dans le droit romain, trois classes diverses d'obligations : 1° obligations civiles (*civiles obligationes*), celles qui existent et produisent leurs pleins effets d'après le droit civil; 2° obligations prétoriennes ou honoraires (*prætoriæ vel honorariæ obligationes*), celles qui ont été introduites par la juridiction prétorienne, et munies de moyens prétoriens pour leur mise à effet; 3° enfin, les obligations naturelles (*naturales obligationes*), celles qui ne sont confirmées ni par le droit civil, ni par le droit prétorien, mais dont la jurisprudence philosophique a fait reconnaître l'existence, avec quelques effets, sur le fondement seul du droit des gens et de la raison naturelle.

L'effet principal de l'obligation civile consiste dans la nécessité pour le débiteur de faire la prestation dont il est tenu, et dans l'action que le créancier a pour l'y contraindre. L'obligation prétorienne produit aussi une action, mais une action seulement prétorienne : soit action *utile,* soit action spéciale, de l'invention du préteur.

Enfin les obligations naturelles ne produisent aucune action ni civile, ni prétorienne; mais ce qui a été payé en exécution de ces obligations ne peut être répété comme non dû et payé par erreur; le créancier peut les faire valoir par le moyen des exceptions, si l'occasion s'en présente; et elles peuvent servir de base à des contrats accessoires ou de garantie, qui supposent une obligation préexistante.

*Sources ou causes des obligations en général.*

Tout droit est engendré par un fait : en conséquence, pas d'obligation qui ne provienne d'un fait. A ne considérer les choses que philosophiquement, 1° le consentement mutuel des parties; 2° les faits par suite desquels une personne peut avoir nui par sa faute à une autre : cas régis par cette maxime de raison naturelle, qu'il faut réparer le mal que l'on a causé à tort; 3° les faits par suite desquels une personne peut se trouver, soit volontairement, soit involontairement, enrichie du bien d'une autre : cas régis par cette autre vérité morale, que nul ne doit s'enrichir au préjudice d'autrui; 4° enfin, certaines relations entre les personnes, dans la constitution de la famille ou de la société : tels sont les faits que la pure raison philosophique nous offre comme pouvant être générateurs d'obligations.

Mais le droit civil des Romains n'a pas opéré aussi largement. Il n'a reconnu d'obligation, de *vinculum juris*, que dans des cas rigoureusement précisés par lui, et peu nombreux. Ce n'est que graduellement, par l'édit du préteur, par la jurisprudence, par les constitutions impériales, et sous l'intervention toujours plus grande des idées du droit des gens, que ces cas ont été étendus.

Ainsi, à l'égard de ceux qui puisent leur source dans le consentement des parties, le mot de contrat (*contractus*) est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil des Romains; la marche, en cela, paraît avoir été celle-ci : 1° le *nexum*, opération *per æs et libram*, remplacée avec le temps par la simple tradition ou remise de la chose, c'est-à-dire la réunion du symbole matériel et des formules sacramentelles; 2° les formules sacramentelles seules, première dérivation de l'opération *per æs et libram* que l'on suppose accomplie; 3° l'écriture investie d'un caractère civil, sur un registre spécial et pour ainsi dire consacré : seconde dérivation de l'opération *per æs et libram* que l'on suppose encore accomplie; 4° enfin, le simple consentement, mais seulement dans quatre cas dérivés du droit des gens et accueillis par le droit civil. D'où quatre classes de contrats : 1° *re*, 2° *verbis*, 3° *litteris*, 4° *consensu*. En dehors de ces contrats, la convention des parties reçoit le nom de *pactum*, *pactio*, *conventio*. Selon le droit civil strict, elle ne produit pas d'action; cependant plusieurs circonstances peuvent modifier cette rigueur, et donner aux pactes divers effets juridiques.

A l'égard des faits qui ne sont pas le résultat du consentement mutuel des parties, l'ancien droit civil, sous le nom de *noxa*, plus tard *maleficium*, *delictum*, a précisé encore et muni d'une action un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation résulte du préjudice causé à tort à autrui; et le droit prétorien y a fait quelques additions. — De là deux sources d'obligations : le contrat et le délit. « *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto;* » et lorsque la jurisprudence vient

à reconnaître des causes différentes, elle les ramène, elle les assimile aux deux sources primitives ; elle dit que ce sont comme des figures variées de ces causes légitimes (*variæ causarum figuræ*) ; que l'obligation naît comme elle naîtrait d'un contrat (*quasi ex contractu*), ou comme elle naîtrait d'un délit (*quasi ex delicto*). D'où, en spécifiant les détails du système dans son ensemble, quatre origines pour les obligations : *ex contractu*, ou *quasi ex contractu* ; *ex maleficio*, ou *quasi ex maleficio*.

*Sources ou causes des obligations en particulier. — Des contrats. — 1° Contrats formés* re.

Ces contrats sont au nombre de quatre : 1° le *mutuum*, que nous nommons aujourd'hui prêt de consommation ; 2° le *commodatum*, nommé par nous prêt à usage ; 3° le dépôt (*depositum*), et 4° le gage (*pignus*). Ces contrats, dans le plus ancien droit civil des Romains, avaient lieu par la mancipation, *per æs et libram*, remplacée, avec le temps, par la tradition ou par la simple remise de la chose. On dit qu'ils ne peuvent exister que par cette livraison (*re*), parce que l'obligation essentielle et caractéristique qu'ils produisent est l'obligation de rendre : or, il ne peut être question de rendre qu'autant qu'on a préalablement reçu.

Le *mutuum* est un contrat dans lequel l'un des contractants transfère en propriété à l'autre des choses considérées *in genere*, que celui-ci s'oblige à lui rendre, en un temps donné, en mêmes qualité et quantité. Ce contrat ne produit qu'une seule obligation : celle de rendre. Il n'existe pas si celui qui a livré les choses n'en était pas propriétaire. — Le *S. C. Macédonien* décide que quiconque aura prêté de l'argent à un fils de famille sans le consentement du chef ne recevra pas d'action pour se le faire rendre.

Le *commodatum* est un contrat dans lequel l'un des contractants remet gratuitement à l'autre, avec faculté de s'en servir, une chose considérée comme corps certain (*in specie*), que celui-ci s'oblige à lui restituer identiquement en un temps donné. Le prêteur se nomme, en droit romain, *commodans* ; l'emprunteur y est désigné par cette périphrase, *qui commodatum accepit*. Ce contrat ne transfère à l'emprunteur ni la propriété, ni même la possession de la chose. Il peut s'appliquer même à la chose d'autrui. Il est essentiellement gratuit, sous peine de dégénérer en quelque autre convention. Il donne naissance à deux obligations : l'une produite immédiatement et nécessairement par le contrat, celle de l'emprunteur, tenu de conserver et de rendre la chose ; l'autre qui peut naître par suite de faits postérieurs (*ex post facto*), celle du prêteur, d'indemniser l'emprunteur de certaines dépenses ou de certains préjudices survenus à l'occasion de la chose. L'emprunteur est responsable, généralement, de son dol et de toute faute que ne commettrait pas un père de famille très-diligent ; le prêteur, seulement de son dol et de la faute grave assimilée au dol.

Le *depositum* est un contrat dans lequel l'un des contractants remet en garde à l'autre une chose considérée comme corps certain (*in specie*), que celui-ci s'oblige gratuitement de garder, et de rendre quand elle lui sera demandée. Celui qui fait le dépôt se nomme *deponens*, et celui qui le reçoit, *depositarius*. Le déposant conserve la propriété et même la possession de la chose déposée. Deux obligations naissent du contrat : l'une essentielle et produite immédiatement, celle de garder et de rendre,

contractée par le dépositaire ; l'autre, éventuelle, résultant de faits postérieurs (*ex post facto*), celle qu'a le déposant d'indemniser le dépositaire, des frais occasionnés par la garde de la chose. L'un des contractants, le déposant, est responsable de toute faute ; l'autre, le dépositaire, seulement de celles qu'il ne commettrait pas dans la gestion habituelle de ses propres affaires. Le dépôt, comme le commodat, est essentiellement gratuit.

Le gage (*pignus*) se présente sous deux rapports bien différents : 1° sous celui du droit réel conféré au créancier, droit qui est produit par le seul effet de la convention, sans nécessité d'aucune tradition ; 2° sous le rapport du contrat.

Le contrat n'existe que par suite de la remise de la chose (*re*). L'obligation principale, qui en naît immédiatement, est celle du créancier, tenu de donner ses soins à la conservation de la chose, et de la restituer après entière satisfaction à sa créance. Une obligation éventuelle peut naître des faits postérieurs (*ex post facto*), pour celui qui a remis le gage : celle d'indemniser le créancier des frais faits pour la conservation de la chose. Les deux contractants sont tenus réciproquement, l'un envers l'autre, de toute faute. Celui qui a remis le gage en conserve la propriété, s'il l'avait. Les effets juridiques de la possession se partagent entre lui et le créancier : il en conserve le bénéfice, quant à l'usucapion ; le créancier, au contraire, acquiert le droit aux actions et aux interdits possessoires qui doivent avoir pour but de faire maintenir la chose en son pouvoir.

Les contrats formés *re*, non-seulement le *mutuum*, mais encore le *depositum* et le *pignus*, se faisaient jadis par la mancipation (*per æs et libram*). Les mots *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, dans leur origine primitive, désignent non pas le contrat, mais la chose même qui en fait l'objet.

Sous le rapport des actions qui en naissent, le *mutuum* d'une part, et d'autre part les trois autres contrats, le commodat, le dépôt et le gage, forment deux classes bien distinctes. — Le *mutuum* donne lieu à la *condictio*, action de droit strict, dérivée de l'ancien droit romain, commune aux divers contrats du strict droit civil, et unilatérale. Le commodat, le dépôt et le gage produisent chacun une action spéciale pour eux seuls, tirant son nom de celui même du contrat : actions de bonne foi, données pour la poursuite des engagements réciproques des contractants, à l'un sous la qualification d'action directe, et à l'autre sous celle d'action contraire : *actio directa*, ou *contraria* : *commodati*, *depositi*, ou *pigneratitia*.

### 2° *Contrats formés* verbis.

Il y a trois sortes de contrats formés *verbis*. Le plus général et le plus important : la stipulation suivie de promesse, première dérivation du *nexum*, paroles qui se détachent de la formalité de l'*æs et libra* ; et, en outre, dans quelques cas particuliers, la *dotis dictio*, et la *jurata operarum promissio liberti*, qui ne sont plus en usage sous Justinien.

Le contrat verbal de stipulation consiste dans une interrogation précise faite par le futur créancier au futur débiteur : SPONDES? DABIS? PROMITTIS? et dans la réponse affirmative et conforme de celui-ci : SPONDEO, DABO, PROMITTO. L'interrogation porte le nom technique de stipulation

(*stipulatio*); la réponse, celui de promesse (*promissio*); l'ensemble forme le contrat verbal, auquel on donne quelquefois aussi, par figure de langage, le nom de stipulation, en prenant la partie pour le tout. — La stipulation, dans son origine, est une forme éminemment civile, réservée exclusivement aux seuls citoyens romains. La formule primitive et quiritaire était celle-ci : SPONDES? SPONDEO. Avec le temps on a trouvé un moyen pour étendre la stipulation même aux étrangers. La formule quiritaire SPONDES? SPONDEO, a été toujours réservée aux seuls citoyens : mais on a admis les autres formes d'interrogation : PROMITTIS? PROMITTO, DABIS? DABO, etc., comme étant du droit des gens et permises même aux étrangers.

Cette forme d'engagement est de la plus grande généralité et peut s'appliquer à toute sorte d'obligations, pourvu qu'elle soit licite. — Mais elle ne produit d'engagement que d'un seul côté, de la part du promettant. — L'action à laquelle elle donne naissance est, de même que pour le *mutuum*, la vieille action personnelle du droit civil, la *condictio certi*, dans le cas où l'objet de la stipulation est une somme d'argent; et, dans le cas contraire, la *condictio incerti*, nommée, dans ce cas particulier, *actio ex stipulatu*.

Le mécanisme de la stipulation est tel, que, pour le même objet d'obligation, il est possible qu'il intervienne, soit plusieurs stipulants, soit plusieurs promettants. — L'opération peut avoir lieu de manière que toutes les interrogations interviennent d'abord, pour ainsi dire, comme en un seul faisceau, et ensuite toutes les réponses conformes. L'acte alors ne forme qu'un seul tout, qu'un seul contrat verbal. On dit qu'il y a deux ou plusieurs costipulants (*duo rei stipulandi*), deux ou plusieurs copromettants (*duo rei promittendi*); et on les nomme *conrei* ou *correi*. Chacun d'eux est créancier ou débiteur pour la totalité (*in solidum*).

L'opération peut encore être faite de telle manière, qu'une première stipulation suivie d'une réponse conforme ayant eu lieu et formant, en elle-même, obligation complète et principale, il intervienne, pour la garantir et la fortifier, un nouveau contrat par paroles, distinct, mais accessoire, dans lequel le même objet soit ou stipulé du même débiteur par un second stipulant, ou promis au même créancier par un second promettant. Il y a alors plusieurs contrats par paroles : l'un principal, et les autres accessoires. — Celui qui s'adjoint ainsi à un créancier principal, pour stipuler du même débiteur la même chose, se nomme *adstipulator*. Celui qui s'adjoint à un débiteur principal, pour promettre la même chose au même créancier, porte le nom générique d'*adpromissor*. — Il n'y avait qu'une sorte d'*adstipulator*, en quelques termes qu'il eût interrogé. Mais son utilité ayant cessé, par suite de la faculté admise, et de plus en plus étendue, d'agir et de plaider par procureur, son usage tomba bientôt en désuétude. — Au contraire, les adpromissions offrant une grande utilité pratique dans les affaires, leur usage fut de plus en plus étendu. On en distingua de trois sortes, selon la formule d'interrogation et de promesse : 1° la *sponsio*, exclusivement réservée aux citoyens romains, faite en la formule quiritaire : IDEM SPONDES? SPONDEO, d'où, pour celui qui promet ainsi, le nom de *sponsor*; 2° la *fidepromissio*, faite en cette formule : IDEM FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, introduite pour étendre, à l'aide d'un changement de formule, ce contrat accessoire aux étrangers : elle n'est, en conséquence, que la *sponsio*

mise à la portée des pérégrins, et se régit par les mêmes principes; d'où, pour celui qui promet ainsi, le nom de *fidepromissor;* 3° enfin la *fidejussio,* faite en cette formule : FIDEJUBES? FIDEJUBEO, ou autre équivalente, introduite pour sortir, à l'aide d'un changement de formule, des règles étroites auxquelles étaient assujetties les deux qui précèdent; d'où, pour celui qui promet ainsi, le nom de *fidejussor.* Tandis que la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient s'adjoindre qu'à un contrat verbal, au moment même où il avait lieu, la *fidejussio* pouvait accéder pour garantir toute obligation quelconque, soit avant, soit après sa naissance. — Les deux premières, sous Justinien, ont disparu. La *fidejussio* est la seule qui reste.

Les stipulations se divisent, selon l'autorité d'où elles émanent, en stipulations : 1° conventionnelles (*conventionales*), dérivant de la libre convention des parties; 2° prétoriennes (*prætoriæ*), qui ont lieu uniquement *in jure,* par l'ordre du préteur, et auxquelles la partie qui doit les fournir est forcée par des moyens de contrainte prétoriens; 3° judiciaires (*judiciales*), qui ont lieu uniquement *in judicio,* sur l'ordre du juge : faute de quoi, la partie qui doit les fournir sera condamnée; 4° enfin communes (*communes*), c'est-à-dire qui peuvent avoir lieu, selon les cas, soit sur l'ordre du préteur, soit sur celui du juge.

### 3° *Contrats formés* litteris.

Le contrat *litteris* est une seconde dérivation de l'antique forme des obligations *per æs et libram.* Il consiste à considérer la somme, objet de l'obligation, comme pesée et donnée d'une part, comme reçue de l'autre, et à l'inscrire comme telle, en la formule consacrée, sur le registre domestique (*tabulæ; codex accepti et expensi*); d'où les noms de *expensilatio,* pour ce contrat; *pecunia expensa lata,* ou *accepta relata,* pour la somme qui en fait l'objet. Il y a un parallélisme bien remarquable et bien instructif à établir entre l'expensilation et la stipulation, si l'on veut jeter quelque jour sur la matière. — Le contrat *litteris,* en cette forme, étant exclusivement propre aux citoyens romains, on l'a étendu, sous une forme différente, aux étrangers, dans les *syngraphæ* et dans les *chirographa.* — Avec le temps, l'expensilation et les *syngraphæ* tombent en désuétude. L'introduction de l'exception *non numeratæ pecuniæ* fait déchoir le *chirographum* lui-même, et amène sa confusion avec la *cautio* ou simple écrit probatoire, du moins dans le cas où cette *cautio* se réfère à un *mutuum.* Tel est l'état où le contrat *litteris* se trouve à l'époque de Justinien; et c'est ainsi qu'il passe dans sa législation.

### 4° *Contrats formés par le seul consentement.*

Ces contrats sont au nombre de quatre seulement : la vente (*emptio-venditio*), le louage (*locatio-conductio*), la société (*societas*), et le mandat (*mandatum*). Il y en a véritablement un cinquième, le contrat d'emphytéose; mais il n'entre pas en compte, parce que, jusqu'aux derniers temps, il n'a été considéré que comme un louage, ou, selon d'autres, comme une vente. — Ces contrats sont dérivés du droit des gens; ils ont cela de distinctif, qu'ils produisent des obligations de part et d'autre (*ultro citroque*), et que leurs effets se déterminent d'après l'équité (*ex æquo et bono*).

### *Vente* (emptio-venditio).

La vente (*emptio-venditio*) est un contrat dans lequel l'obligation principale des contractants est : pour l'un, de procurer à l'autre la faculté d'avoir une chose comme s'il en était propriétaire (*præstare rem habere licere*) ; et pour celui-ci, d'en payer un certain prix en monnaie. Le premier contractant se nomme *venditor;* le second, *emptor;* et le prix, *pretium*.

Le contrat se forme par le seul consentement : cependant, d'après une constitution de Justinien, si les parties sont convenues de le rédiger par écrit, il ne sera parfait que lorsque l'écrit aura été dressé et qu'il n'y manquera plus rien. Les arrhes (*arrhæ*) n'étaient autrefois qu'un signe de la conclusion du contrat : d'après Justinien, elles donnent à chaque partie la faculté de se dédire, le vendeur en perdant les arrhes, et l'acheteur en les restituant au double. — Toute chose qui est dans le commerce, même la chose d'autrui, peut faire l'objet d'une vente. Le prix doit consister essentiellement en monnaie (*in numerata pecunia*), et être certain (*certum*).

Le contrat par lui-même ne transfère pas à l'acheteur la propriété de la chose vendue; son unique effet, en sa qualité de contrat, est de produire des obligations. Le vendeur n'est pas même obligé de rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue; tandis que l'acheteur est obligé de lui transférer la propriété du prix qu'il lui paye. L'obligation du vendeur, *præstare emptori rem habere licere*, contient à la fois celle de transférer la possession de la chose (*rem tradere*), et celle de garantir de toute éviction (*auctoritatem præstare*). Outre la garantie de l'éviction, il est encore obligé à celle des défauts cachés de la chose. L'usage avait introduit certaines coutumes reçues à ce sujet, et l'édit des édiles curules avait réglé la matière. — Le vendeur et l'acheteur sont mutuellement tenus l'un envers l'autre, non-seulement de leur dol, mais de toute espèce de faute.

Une fois le contrat de vente intervenu, et avant même toute tradition, les risques de la chose passent à l'acheteur, en ce sens que ce sera lui qui profitera ou qui souffrira, en définitive, des augmentations ou des diminutions que la chose aura éprouvées, ou même de sa perte totale survenue sans faute ni demeure de la part du vendeur; parce que l'obligation qu'a celui-ci, de livrer et de faire avoir, s'applique à la chose telle qu'elle se trouve au moment où la tradition doit être faite. — Les parties peuvent, du reste, sur tous ces points, étendre ou restreindre plus ou moins leurs obligations, soit par des pactes, soit par des stipulations. Elles peuvent aussi former leur contrat de vente avec adjonction de pactes accessoires qui en modifient en divers sens les effets, et qui, intervenus en même temps que le contrat, en font partie intégrante et se poursuivent par la même action.

Le contrat produit : l'action *empti* ou *ex empto*, pour l'acheteur; et l'action *venditi* ou *ex vendito*, pour le vendeur : actions directes, de bonne foi (*bonæ fidei*), qui servent à poursuivre l'exécution de toutes les obligations quelconques, dérivant, *ex æquo et bono*, du contrat et de ses pactes accessoires. On rencontre, en outre, dans cette matière, les actions : en diminution de prix (*actio æstimatoria* ou *quanto minoris*) ou en rédhibition (*actio redhibitoria*), introduite par l'édit des

édiles, dans le cas de vices rédhibitoires de la chose; et aussi les actions provenant des stipulations qu'il était d'usage de faire, et que les parties auraient faites, au sujet de la garantie contre l'éviction.

*Louage* (locatio-conductio).

Le louage (*locatio-conductio*) est un contrat dans lequel l'obligation principale des contractants est, le plus communément : pour l'un, de procurer à l'autre la faculté d'user ou de percevoir les fruits d'une chose (*præstare re uti licere,* ou *re frui licere*); et pour celui-ci, de payer, en retour de cette jouissance, un certain prix en monnaie. Le louage peut avoir aussi pour objet soit des travaux ou services à payer proportionnellement à leur durée (*operæ*), soit la confection d'un ouvrage à prix fait (*opus*). De là trois genres de louage, ayant des règles commnunes à tous, et quelques autres particulières : 1° louage de choses (*rerum*); 2° louage de services (*operarum*); 3° louage d'un ouvrage à exécuter (*operis*). — Celui qui doit fournir la chose à louer se nomme généralement *locator;* celui qui doit la prendre, *conductor;* et le prix, *merces.* Outre ces noms génériques, quelques dénominations particulières sont applicables aux diverses variétés du louage.

Le contrat résulte du seul consentement, sauf l'innovation de Justinien dans le cas où les parties seraient convenues de le rédiger par écrit. Il produit des obligations réciproques et distinctes (*ultro citroque*), appréciables selon l'équité (*ex bono et æquo*) : parmi lesquelles se trouve, pour les deux contractants, celle de se répondre mutuellement, non-seulement de tout dol, mais même de toute faute. La livraison de la chose à titre de louage ne confère au locataire, dans le système du droit romain, aucune sorte de droit réel.

Le contrat finit régulièrement par l'expiration du temps convenu, sauf relocation expresse ou tacite. Quelques causes particulières peuvent, en outre, autoriser l'une ou l'autre des parties à le résilier. Ni la mort du *locator,* ni celle du *conductor,* n'y mettent fin. Le cas d'aliénation de la chose louée est régi par ce principe, que le louage n'établit de lien qu'entre les personnes qui ont formé le contrat.

Le contrat produit l'action *locati* pour le locateur, et l'action *conducti* pour le locataire : actions directes, de bonne foi (*bonæ fidei*), qui servent à poursuivre l'exécution de toutes les obligations quelconques dérivant équitablement du contrat ou de ses pactes accessoires. En outre, quelques actions ou interdits particuliers ont pour but la poursuite de certains droits réels accordés pour garantie de ces obligations : l'action Servienne (*Serviana actio*) et l'interdit Salvien (*interdictum Salvianum*), accordés par l'édit prétorien au locateur, dans le louage des biens ruraux; et l'action quasi-Servienne ou hypothécaire (*quasi-Serviana* ou *hypothecaria actio*) dans le louage des maisons. Ajoutez, dans ce même louage, l'interdit *de migrando,* accordé au locataire.

*Emphytéose. — Droit réel. — Contrat d'emphytéose.*

Il faut distinguer soigneusement, dans l'emphytéose, le droit réel, des obligations qui peuvent lier les parties. Comme droit réel, l'emphytéose (*emphyteusis*) est un démembrement particulier du droit de propriété. On nomme emphytéote (*emphyteuta*) celui qui a ce démembrement, et

*prædium emphyteuticarium* le fonds qui en est l'objet. — Ce droit, en fait, ne se présente qu'avec l'obligation principale, imposée à l'emphytéote, de payer au propriétaire une redevance périodique (*pensio, canon*). — Le mode usuel d'établissement est la convention des parties. Cette convention, le droit particulier qu'elle a en vue d'établir, et le nom qui lui a été donné, ne se sont déterminés dans le droit romain que graduellement, sous l'empire des faits historiques, les jurisconsultes discutant si pareille convention était une vente ou un louage. Cette dernière opinion était prédominante. Une constitution de l'empereur Zénon attribue au contrat d'emphytéose une existence, un nom et une action exclusivement propres. Il importe, du reste, de ne pas confondre le contrat avec le droit réel. Le contrat ne produit d'autre effet que de lier les contractants quant à l'emphytéose à établir; le droit s'établit par la tradition faite en exécution du contrat. — Les obligations produites par le contrat se poursuivent par l'action *emphyteuticaria,* accordée tant à l'une qu'à l'autre des parties. Quant au droit réel, il attribue à l'emphytéote, mais seulement comme actions *utiles*, les actions qui seraient accordées à un propriétaire.

*Société* (societas).

La société (*societas*) est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent qu'il y aura entre elles une certaine communauté de biens. On en distingue plusieurs genres, suivant la nature ou l'étendue des biens qui en font l'objet : 1° société universelle de tous biens (*universorum bonorum*); 2° société universelle de tous gains (*universorum quæ ex quæstu veniunt*); 3° société pour quelque négociation déterminée (*negotiationis alicujus*); 4° société pour la ferme des revenus publics (*vectigalis*); 5° société par laquelle une seule chose ou quelques choses déterminées sont mises en commun (*unius rei*). — Ce contrat se forme par le seul consentement. Il produit entre les contractants, de part et d'autre (*ultro citroque*), des obligations, à apprécier *ex æquo et bono,* qui sont de même nature pour tous. Aussi le contrat et les contractants ne portent-ils qu'un seul nom : *societas, socii;* et l'action qui en résulte est-elle la même pour tous, l'action *pro socio*. — Les mises des associés peuvent être égales ou inégales, de même nature ou de nature différente, consister même uniquement en travail, en industrie, pourvu qu'il n'y ait rien d'illicite ou d'immoral. — Les obligations principales des associés, les uns envers les autres, sont d'apporter la mise, le travail ou l'industrie par eux promis à la société, et de se communiquer entre eux, dans la proportion voulue, le gain ou la perte. Ils se répondent mutuellement de leur dol, et aussi de leurs fautes, mais appréciées seulement sur leur diligence personnelle dans leurs propres affaires, et non sur l'exactitude et les soins du père de famille le plus diligent. — Les parts sont fixées par la convention. Elles peuvent être inégales entre les associés, autres dans la perte que dans le gain. On peut même convenir que l'un ou quelques-uns participeront au gain sans participer à la perte. Mais la société dans laquelle un des associés serait exclu de toute part aux bénéfices serait nulle. Les jurisconsultes romains la nommaient société léonine (*leonina*). A défaut de convention, les parts sont égales entre elles. — Ce qui concerne les engagements des associés dans leurs relations avec les tiers doit être régi par ce double principe : 1° que la société est un contrat complexe, qui nécessite forcément entre les associés,

dans de certaines limites, une sorte de mandat exprès ou tacite; 2° que dans le droit romain, même en cas de mandat, les créances comme les obligations n'existent qu'entre ceux-là mêmes qui ont été parties dans les faits qui les ont produites, sauf les modifications apportées au droit rigoureux par la jurisprudence et par le droit prétorien. — Le contrat finit : 1° *ex personis*, par la mort, par la grande ou la moyenne diminution de tête, jadis aussi la petite, par la confiscation universelle (*publicatio*) ou la cession des biens (*bonorum cessio*) de l'un des associés; 2° *ex rebus*, par la perte des choses, ou par la fin de la négociation qui font l'objet de la société; 3° *ex voluntate*, par la renonciation de l'un des associés (*renuntiatio*), sauf la responsabilité de celui qui renonce frauduleusement ou intempestivement : car les jurisconsultes romains disent de ce dernier que, par une telle renonciation, il libère envers lui ses associés, sans se libérer envers eux; 4° *ex tempore*, à l'expiration du terme convenu, en ce sens qu'alors chaque associé devient libre de se retirer, sans encourir aucune responsabilité. Nous ne parlons pas de la novation (*ex actione*). — L'action produite par le contrat est l'action *pro socio* : action directe, de bonne foi, dans laquelle la condamnation ne doit avoir lieu que *in quantum facere potest*, mais emporte infamie. Les associés peuvent exercer, en outre, l'action *communi dividundo* pour faire partager la chose commune. Il importe de ne pas confondre ces deux actions, dont la première, en résumé, tend à faire exécuter le contrat de société; et la seconde, à faire cesser la communion, du moins quant à la chose partagée. Ces deux actions existent cumulativement sans se détruire l'une par l'autre; mais de telle manière que, dans les points qui leur sont communs, ce qui aura été obtenu par l'une ne puisse plus être obtenu par l'autre. De même pour les actions *furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ*, ou autres, qui pourraient résulter des faits de l'un des associés dans la chose commune.

### *Mandat* (mandatum).

Le mandat (*mandatum*) est un contrat dans lequel les contractants conviennent que l'un d'eux agira, en son propre nom, pour le compte de l'autre, dans une ou dans quelques affaires déterminées, ou même dans toutes les affaires en général. Le contrat est formé par le seul consentement des parties, même tacite. Il se nomme *mandatum*; celui qui donne la commission, *mandans* ou *mandator*; et celui qui l'accepte, *procurator*, ou *mandatarius* : il est essentiellement gratuit chez les Romains de la part du mandataire. — Dès le principe et par le seul effet de la convention, il ne produit d'obligation que d'un seul côté, du côté du mandataire; mais par la survenance de certains faits postérieurs (*ex post facto*), le mandant peut, de son côté, se trouver obligé. L'obligation du mandataire est de remplir la mission dont il s'est chargé, d'en rendre compte et de restituer au mandant tous les objets ou tous les droits acquis par suite de l'opération. Celle du mandant est de rembourser au mandataire toutes les dépenses faites, et de le libérer de toutes les obligations par lui contractées pour l'exécution du mandat. Les deux parties se répondent mutuellement de toute espèce de faute. — A l'égard des tiers, le principe du strict droit civil est que le mandataire contracte en son propre nom : c'est donc lui qui est obligé envers les tiers, et c'est envers lui que les tiers sont obligés; mais le droit prétorien et la juris-

prudence, par l'emploi des actions utiles et de quelques moyens indirects, ont considérablement modifié les conséquences du principe, et ne lui ont plus guère laissé qu'une existence nominale. En outre, par suite des principes admis en ce qui concerne la possession, la propriété est acquise ou aliénée, pour le mandant lui-même, par l'effet de la tradition faite, en son nom, à son procureur ou par son procureur.

Les Instituts de Justinien distinguent, d'après Gaius, cinq nuances dans le mandat, selon l'intérêt dans lequel il est intervenu : intérêt 1° du mandant seul; 2° du mandant et du mandataire; 3° d'autrui seulement; 4° du mandant et d'autrui; 5° du mandataire et d'autrui. Le mandat donné dans l'unique intérêt du mandataire n'est véritablement qu'un conseil. Il faut remarquer spécialement les cas où le mandat intervient en offrant de grandes analogies avec la fidéjussion : de telle sorte que le mandant (*mandator*) se trouve responsable de la dette d'autrui; distinguer ce qu'il a de commun, dans ce cas, avec les autres intercessions, et ce qu'il a de particulier. — Le mandat prend fin non-seulement par le consentement des deux parties, mais par la volonté d'une seule : révocation de la part du mandant, renonciation de la part du mandataire, et aussi par la mort de l'un ou de l'autre. — Le mandat produit, entre les parties, l'action *directa mandati* pour le mandant, et l'action *contraria mandati* pour le mandataire : actions de bonne foi, dont la première, en cas de condamnation, emporte infamie. Le droit prétorien et la jurisprudence accordent aux tiers, contre le mandant, les actions résultant des opérations faites avec le mandataire, sous la qualification d'actions utiles quasi-institoires (*utiles quasi-institoriæ*); et aussi, dans la plupart des cas, les actions utiles au mandant contre les tiers.

### *Pactes. — Divers cas dans lesquels ils se trouvent munis d'une action.*

En dehors des conventions qualifiées de contrats par l'ancien droit civil, toutes les autres conservent le nom générique de convention ou pacte (*conventio, pactum, pactio, pactum conventum*). Les pactes sont définis par Ulpien « *duorum, plurimve in idem placitum consensus* ». Bien qu'en droit strict ils ne produisent pas de lien, divers effets juridiques leur ont été attribués graduellement, par le droit civil, par le droit prétorien et par le droit impérial.

Par le droit civil : 1° Dans les cas de pactes joints à un contrat de bonne foi au moment même de sa formation (*ex continenti*); on les qualifie dans la doctrine de *pacta adjecta;* l'exécution s'en poursuit par l'action même du contrat. — 2° Dans le cas où le pacte a été suivi d'exécution de la part de l'une des parties. Cette exécution est reconnue par le droit civil comme une cause d'obligation (*subest causa*), et, par conséquent, elle donne naissance à un contrat formé *re*. Ces contrats, dont le nombre est indéfini, ne se rangeant sous la dénomination propre d'aucun contrat du droit civil, se désignent, dans la doctrine, par la qualification de contrats innommés. Ils se résument dans l'une de ces quatre opérations : « *do ut des,* ou *do ut facias,* ou *facio ut des,* ou *facio ut facias.* » Ils produisent, en général, au profit de celui qui a exécuté, une action qualifiée d'action civile (*civilis*), indéterminée (*incerta*), et connue sous les dénominations, tantôt seules, tantôt réunies, de *actio in factum,* ou *præscriptis verbis,* parce que le fait créateur de l'obligation y est préalablement exposé par le préteur, dans

la première partie de la formule : « *quæ, præscriptis verbis, rem gestam demonstrat.* » Celui qui intente cette action demande que son adversaire, faute d'exécuter à son tour ce dont il est convenu, soit condamné à tout ce qu'il importait au demandeur que cette exécution eût lieu. Dans le cas où le contrat innommé a été formé par la dation d'une chose, ou par l'extinction de quelque droit susceptible de rétablissement, celui qui a donné, ou qui a fait le sacrifice de son droit, peut aussi, au lieu d'intenter l'action *præscriptis verbis,* demander la restitution en propriété de ce qu'il a donné ou le rétablissement du droit qu'il a éteint; il a pour cela la condiction nommée *condictio causa data, causa non secuta;* ou bien encore *condictio ob causam datarum.* S'il s'agit de pactes ayant de l'analogie avec le mandat, avec la société, ou se liant à quelque intention de libéralité non réalisée, toutes choses sur lesquelles il est permis de revenir, on voit clairement par les textes qu'il a le droit de changer d'avis (*jus pœnitendi*), et de redemander sa chose ou le rétablissement de son droit par la *condictio causa non secuta,* tant qu'il n'y a rien eu encore de fait de la part de l'autre partie. — Une singularité digne de remarque, dont il est possible néanmoins de donner l'explication, et qui est maintenue dans le Digeste comme dans le Code de Justinien, c'est qu'à l'égard des pactes *facio ut des* la jurisprudence refusait d'admettre l'action *præscriptis verbis,* et comme il n'y en avait aucune autre, elle donnait alors l'action de dol. — L'échange (*permutatio*) n'est autre chose qu'un contrat innommé : « *do ut des* », et reçoit, en conséquence, l'application des règles relatives à ces contrats. — Le contrat estimatoire (*de æstimatio*), le précaire (*precarium*) et la transaction (*transactio*) peuvent se ranger aussi dans la même classe.

Par le droit prétorien : quelques conventions particulières ont été distinguées, rendues obligatoires par le seul effet du consentement et munies d'une action prétorienne. On les nomme *pacta prætoria.* — De ce nombre est le pacte de constitut (*constitutum*), c'est-à-dire la promesse faite, par simple pacte, de payer, à jour donné, une dette préexistante, soit civile, soit prétorienne, soit même simplement naturelle. L'exécution de ce pacte se poursuit par une action nommée *actio de pecunia constituta.* C'est un moyen facile et ingénieux, soit de modifier, par simple pacte, le payement d'une obligation même civile; soit de rendre obligatoire, par simple pacte, le payement d'une obligation purement naturelle; soit enfin de se rendre, par simple pacte, caution de la dette d'autrui. — Le pacte de serment extrajudiciaire (*jurisjurandi*) est aussi au nombre des pactes prétoriens.

Par le droit impérial : certains pactes ont encore été rendus obligatoires et munis d'action; on les qualifie de pactes légitimes (*pacta legitima*). Quand aucune action spéciale ne leur a été attribuée, l'exécution s'en poursuit par une condiction commune à tous, la *condictio ex lege.* — Au nombre de ces pactes sont la donation (*donatio*), le pacte de constitution de dot (*de dote constituenda*), et le compromis (*compromissum*).

Les pactes qui ne rentrent dans aucun des cas ci-dessus reçoivent l'épithète de pactes nus (*nuda pactio, pactum nudum*). Ils ne produisent que des obligations naturelles. Les principes qui régissent ces sortes d'obligations doivent donc leur être appliqués.

### *Conventions prohibées.*

Certaines conventions, par des motifs de moralité, de justice, de protection spéciale accordée à certaines personnes, ou d'ordre public, sont prohibées. — De ce nombre sont celles relatives aux jeux de hasard (*alearum lusus*) et les paris (*sponsiones*) faits à l'occasion de pareils jeux. — Les conventions de ce genre, de quelque forme qu'elles aient été revêtues, ne produisent ni action ni exception, et ce qui a été payé en exécution peut être répété par la *condictio indebiti*.

### *Obligations nées comme d'un contrat.*

Le contrat (*contractus*) et le délit (*delictum*) étant les deux causes primitives d'obligations dans le droit civil, les autres causes y ont été ramenées par comparaison, comme en étant des imitations, des figures variées (*variæ causarum figuræ*); et selon qu'elles présentaient plus d'analogie avec le contrat ou avec le délit, on a dit que l'obligation naissait *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto*.

Les faits qui donnent lieu aux obligations nées *quasi ex contractu* diffèrent radicalement des contrats en ce qu'ils ne contiennent aucune convention sur la création de ces obligations. Mais comme ce sont des faits licites, on peut encore moins les comparer aux délits. — Les principes de raison qui justifient la naissance des obligations dans ces cas sont, le plus souvent : que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; quelquefois aussi, qu'on est tenu de réparer le préjudice occasionné par sa faute; enfin, à l'égard des obligations imposées par la loi et rangées aussi par les jurisconsultes romains dans la classe de celles qui naissent *quasi ex contractu*, ce sont des considérations d'utilité commune et de devoirs de famille ou de société. — En étudiant en détail les cas dans lesquels naissent des obligations *quasi ex contractu*, on voit que la plupart et les principaux ont leur analogue dans un contrat déterminé du droit civil, dont ils sont comme la figure.

Ainsi se rattachent au contrat de mandat, par une certaine analogie : 1° la gestion des affaires d'autrui, sans mandat exprès ni tacite (*negotiorum gestio*); 2° la tutelle; 3° la curatelle. Elles donnent lieu, comme le mandat, à deux actions réciproques, l'une directe et l'autre contraire : *negotiorum gestorum actio directa et contraria*, dans le cas de gestion d'affaires; *tutelæ actio directa et contraria*, dans le cas de tutelle; et *utilis negotiorum gestorum actio directa et contraria*, dans le cas de curatelle.

Au contrat de société se rattachent en quelque sorte : 1° la communauté accidentelle dans une propriété indivise; 2° la cohérédité : donnant naissance, l'une à l'action *communi dividundo*, l'autre à l'action *familiæ erciscundæ*. — On peut rapprocher de ces deux cas celui de la confusion des limites de deux propriétés voisines, et l'action *finium regundorum* qui s'y applique, quoiqu'il y ait ici des différences sensibles.

Au *mutuum* se réfèrent, dans la plupart des cas, le payement fait par erreur d'une chose non due, et la *condictio indebiti* qui en résulte. Toutefois ce rapprochement n'est possible que lorsqu'il s'agit d'un payement de choses *quæ pondere, numero mensurave constant;* mais lorsqu'il s'agit de toute autre prestation, la *condictio indebiti* n'offre plus la figure de la *condictio certi* naissant du *mutuum*.

L'acceptation d'une hérédité est aussi un fait qui produit entre l'héritier et les légataires des obligations nées *quasi ex contractu*. Ce cas ne peut se rattacher à aucun contrat déterminé.

### *Prestation des fautes.*

Le dommage éprouvé par une personne peut provenir ou d'un cas fortuit (*casus*), d'une force majeure (*vis major*), ou du fait d'une autre personne. — Nul, à moins de convention contraire, n'est responsable des cas fortuits ni de la force majeure. — Nul n'est reponsable, non plus, de ses faits, ni de ses omissions, quand ces faits ou ces omissions sont licites, c'est-à-dire quand il n'a fait qu'user de son droit. — Mais quand les faits ou les omissions sont illicites et imputables, c'est-à-dire de nature à être mis sur le compte de celui qui en est l'auteur, ils peuvent entraîner pour lui, en matière civile, l'obligation d'en réparer les conséquences.

Les faits illicites (*injuria*), portant préjudice à autrui, et imputables à leur auteur, se divisent : en dol (*dolus*), quand ils ont été commis à dessein de nuire; faute (*culpa*), quand ils ont eu lieu sans intention nuisible. — Les deux conditions *sine qua non* et les seules à considérer pour l'imputabilité sont que les faits aient été commis par une personne en état de raison et de liberté. Du reste, l'imputabilité a lieu pour les bonnes comme pour les mauvaises actions, pour le dol comme pour la faute, et les deux conditions essentielles, qu'il s'agisse de mérite ou de démérite, en sont toujours la raison et la liberté. — Dans tous les cas on est responsable de son dol, et il n'est même pas permis de convenir d'avance qu'on n'en sera pas tenu. — La faute (*culpa*) offre diverses nuances : l'idée enfermée dans toutes est celle d'un manquement à un devoir. Notre expression *faute*, dont la racine est germanique (en allemand, *Fall*, chute) est puisée dans l'image d'une chute, d'où encore les mots de *faillir*, *faillite*, *failli*. Nous avons aussi tiré de la racine latine *culpa* les expressions de *coupable* et *culpabilité*. La faute, dans le sens dont nous nous occupons ici, est le manquement à un devoir, mais sans intention de nuire. Elle peut consister soit en actions, soit en omissions préjudiciables. L'homme est généralement tenu de s'abstenir de toute action nuisible à autrui; mais, à moins de relations particulières lui imposant cette obligation, il n'est pas, de même, tenu d'agir, de veiller, pour qu'il n'arrive pas de préjudice à un autre. — Cette activité, cette surveillance, se nomme *diligentia;* et son omission *negligentia*. Appliquée à la garde et à la conservation d'une chose corporelle, elle prend le nom de *custodia*. — Quand il doit pour une chose ou pour une affaire la *diligentia* ou la *custodia*, y manquer, c'est une faute. — En réalité, il existe dans les fautes, non pas un, ou deux, ou trois degrés, mais un nombre infini de nuances multiples, parce que ni tous les devoirs ni tous les manquements au devoir n'ont toujours la même importance. Cependant les jurisconsultes romains distinguent, dans leurs règles de droit, non pas trois, mais seulement deux degrés de faute : 1° la faute grave ou lourde, *culpa lata* ou *latior*, ou *magna culpa;* 2° la faute légère, sous les désignations diverses de *culpa* en général, ou *omnis culpa*, ou *culpa levis*, *levior*, *levissima*. Le terme de comparaison, pour mesurer ces degrés, est de deux sortes : ou bien absolu, dans les hommes considérés en général; ou bien relatif, dans le carac-

tère habituel de la personne même dont il s'agit d'apprécier les faits. Dans le premier cas, on compare ses soins, pour la faute grave, à ceux qu'aurait eus le premier venu, le commun inférieur des hommes (*lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*); et pour la faute légère, à ceux qu'aurait eus le père de famille le plus diligent (*diligens, diligentissimus quisque pater familias*). Dans le second cas, on les compare aux soins qu'il apporte habituellement à ses propres affaires : ou même plus de soins, ou seulement autant de soins qu'il a coutume d'en donner à ses propres affaires (*exactior*, ou seulement *talis diligentia, qualem suis rebus adhibere solet*). Les commentateurs disent que la faute est considérée, dans le premier cas, *in abstracto*, et dans le second cas, *in concreto*. — De quel genre de faute est-on tenu dans les obligations nées des contrats ou comme d'un contrat? On ne peut là-dessus poser de principe absolu. Les jurisconsultes romains ont décidé selon les cas, d'après diverses considérations, dans lesquelles on remarque, toutefois, quelques idées dominantes qui peuvent servir à se diriger méthodiquement pour la solution.

### *Mise en demeure* (mora).

On appelle demeure (*mora*) le retard, contraire au droit, apporté soit dans une restitution, soit dans un payement à effectuer. La demeure peut provenir soit de celui qui doit faire, soit de celui qui doit recevoir la restitution ou le payement. Elle a lieu quelquefois *ex re*, c'est-à-dire par le fait même et sans nécessité d'aucune sommation; d'autres fois, *ex persona*, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu sommation (*interpellatio*). Son principal effet est de mettre les risques de la chose à la charge de celui qui est en demeure, et d'obliger le débiteur en demeure au payement des intérêts ou des fruits, ou, plus généralement, de l'indemnité pour le retard.

### Intérêts (*usuræ*).

On nomme capital (*sors, caput*) le montant d'une obligation principale, et intérêts (*fœnus, versura*, plus récemment *usuræ*) les fractions de ce capital que le débiteur doit en sus, en raison du temps dont le créancier se trouve privé de sa chose. — Les intérêts, cause de discorde et de séditions fréquentes chez les Romains, ont fait l'objet de divers plébiscites successifs. Le taux, qui en avait été limité par les Douze Tables, puis encore par des dispositions postérieures, demeure fixé, depuis le temps de Cicéron jusqu'à Justinien, à la *centesima usura*, c'est-à-dire à un pour cent par mois, ou douze pour cent par an. Justinien l'abaisse à des limites moins hautes, qui varient suivant la qualité des personnes et suivant les circonstances. — Les intérêts, renfermés dans la limite prescrite, peuvent être dus soit légalement, par les dispositions mêmes du droit, soit en vertu de testaments ou de conventions. — L'intérêt des intérêts, nommé *anatocismus*, est prohibé.

### *Acquisition des obligations.*

En principe général, les obligations nous sont acquises par nous-mêmes, c'est-à-dire que nous devenons créanciers, nous acquérons l'action nécessaire pour forcer à l'exécution, lorsque nous avons été acteurs nous-mêmes dans les événements producteurs de l'obligation.

— Mais le principe que l'esclave, que le fils de famille n'ont d'autre personne que celle du chef de famille, produit ici ses effets; et les obligations provenant d'événements dans lesquels ils ont été parties sont acquises à ce chef, avec les distinctions, toutefois, qui découlent, à l'égard du fils de famille, de la différence des pécules. Il en est de même quant aux esclaves dont nous n'avons que l'usufruit, que l'usage, ou que la possession de bonne foi, et même quant aux personnes libres que nous possédons de bonne foi, mais seulement dans la limite des droits que nous confèrent l'usufruit, l'usage ou cette possession. — A l'égard des personnes qui nous sont étrangères, le principe rigoureux du strict droit civil est que nous n'acquérons aucune obligation par elles; mais le droit prétorien et la jurisprudence ont apporté, par des moyens indirects, plus d'une modification à ce principe.

*Cession des obligations.*

En principe strict du droit civil romain, une obligation ne peut être transférée du créancier à une autre personne : car changez l'un des sujets dans le droit personnel, le droit n'est plus le même. — On parvient indirectement à opérer cette cession à l'aide du mandat : en donnant à celui à qui on veut céder l'obligation mandat d'en exercer les actions en qualité de procureur. C'est ce qu'on nomme *mandare, præstare* ou *cedere actiones*. Le procureur ainsi constitué est qualifié de *procurator in rem suam,* pour indiquer qu'en poursuivant il fait sa propre affaire. Son mandat est d'une nature toute particulière; il ne l'assujettit à aucune reddition de compte, il n'est pas révocable, ni extinguible à la mort du mandant, ni à celle du procureur. Bien que le *procurator in rem suam* ne puisse agir, en principe strict, que comme mandataire, exerçant les actions du mandant, cependant il est considéré comme tenant lieu du propriétaire, et la jurisprudence, ainsi que les constitutions impériales, ont fini par lui donner les actions comme lui appartenant en propre, sous la qualification d'actions utiles.

*Dissolution des obligations.*

La rupture du lien de l'obligation, et par suite la libération du débiteur, de quelque manière qu'elle arrive, se nomme *solutio,* en prenant ce mot dans son acception la plus générale. — Le mode régulier de se délier, celui qui constitue le but final de l'obligation, c'est la prestation de ce qui est dû; le mot *solutio,* payement, dans un sens plus restreint, s'applique particulièrement à ce mode principal de libération.

L'obligation, lien civil, ne peut être dissoute que conformément aux règles du droit civil lui-même (*ipso jure*); cependant dans des cas nombreux où l'obligation, d'après le droit strict, continue de subsister, le droit prétorien et la jurisprudence donnent au débiteur, par le secours des exceptions (*exceptionis ope*), le moyen de se défendre contre la demande du créancier. De là cette division des commentateurs : « *Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur.* »

En tête de tous les modes d'extinction des obligations, est le payement (*solutio*). Il peut être fait non-seulement par le débiteur, mais même par un tiers, au su, à l'insu, ou même contre le gré du débiteur. Il consiste dans la prestation même de ce qui est dû : cependant, si le créancier consent à recevoir *aliud pro alio,* la jurisprudence romaine,

après controverse, a admis que le débiteur, par cette prestation, se trouve libéré *ipso jure*. C'est ce qu'on nomme ordinairement *datio in solutum*. — Le débiteur, sur le refus ou en l'absence du créancier au temps et au lieu prescrits pour recevoir, peut faire des offres réelles de la chose due, et la consigner dans un dépôt public (*in publico*). Ces offres (*oblatio*), suivies de consignation (*obsignatio, depositio*), le libèrent.

L'obligation peut être dissoute, sans payement, par divers modes de libération qui prennent leur source dans la volonté des parties. Sur ce point, la jurisprudence romaine pose ce principe, fréquemment répété : « *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* » Cependant ce principe n'est pas absolu et sans exception.

Ainsi le droit civil a admis qu'on peut dissoudre une obligation en la remplaçant par une nouvelle, contractée à sa place ; c'est la novation : « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.* » — Toutes les obligations quelconques peuvent être novées : « *Omnes res transire in novationem possunt.* » — Mais toutes les manières de s'obliger ne peuvent être employées pour faire une novation. Le contrat verbal de stipulation et le contrat *litteris* peuvent seuls avoir cette puissance. Il y a en outre des novations non contractuelles, mais juridiques ou judiciaires, qui sont, en certains cas, le résultat forcé des phases diverses des procès. — Le mode le plus commode, le plus étendu et le plus usuel de novation est le contrat de stipulation.

Pour qu'il y ait novation, il faut, en premier lieu, qu'il existe une première obligation : civile, prétorienne ou même purement naturelle, peu importe. — Il faut, en second lieu, que la stipulation faite pour substituer une nouvelle dette à cette première soit valable, en la forme, comme contrat verbal d'après le droit civil, et que la nouvelle obligation qu'elle a eu pour but de produire existe elle-même et soit efficace, au moins naturellement. — De même que le payement peut être fait non-seulement par le débiteur, mais même par un tiers, de même la novation. Ainsi la nouvelle obligation verbale, éteignant et remplaçant la première, peut être contractée : 1° ou par un nouveau débiteur envers le même créancier, soit au su, soit à l'insu, ou même contre le gré du débiteur primitif. Ce nouveau débiteur se nomme, en général, *expromissor* ; son acte, *expromissio* ou *expromittere*. C'est une espèce particulière d'*intercessor*. Le cas dans lequel l'*expromissor* est donné au créancier par l'ancien débiteur lui-même prend le nom spécial de délégation. — 2° Par le même débiteur envers un autre créancier, sur l'ordre de l'ancien. — 3° Par un nouveau débiteur envers un nouveau créancier, sur l'ordre de l'ancien. — 4° Enfin par le même débiteur envers le même créancier. Dans ce cas, si la première obligation provenait d'une stipulation, pour que la stipulation postérieure forme novation, il faut qu'elle contienne quelque chose de nouveau. Mais dans l'ancien droit, on ne pouvait nover par changement de dette. — Dans tous les cas, c'est une question essentielle de savoir si les deux obligations qui se succèdent ne sont pas deux obligations distinctes, indépendantes l'une de l'autre ; ou si la première est dissoute et remplacée par la seconde. Les anciens ne faisaient de cela qu'une question d'intention. Une constitution de Justinien décide qu'il n'y aura novation qu'autant que les contractants auront expressément déclaré que telle est leur intention.

L'obligation peut encore être dissoute par la volonté des parties, sans qu'il y ait ni payement, ni obligation nouvelle contractée à sa place. C'est ici que s'applique le principe qu'elle doit être dissoute par le mode même qui a servi à la former. Ainsi, les obligations pouvant être produites, jadis *per æs et libram;* plus tard, *re, verbis, litteris,* ou *consensu,* elles ont pu être déliées : *per æs et libram, re, verbis,* ou *consensu.* — La libération *re* n'est autre chose que le payement : elle s'applique, par conséquent, à toutes les obligations quelconques. Mais les quatre contrats réels ne comportent que celle-là. — La libération *per æs et libram* était une sorte de payement imaginaire (*imaginaria solutio*), qui s'appliquait aux obligations contractées dans la même forme, notamment à celles provenant des legs faits *per damnationem :* et, en outre, à celles qui résultaient d'une sentence (*ex judicati causa*). Sous Justinien, elle n'existe plus. — La libération *verbis* est une autre sorte de payement imaginaire, qui consiste dans une interrogation du débiteur demandant au créancier si ce qui lui a été promis il le tient pour reçu, et dans la réponse affirmative du créancier. Elle se nomme *acceptilatio,* et ne peut s'appliquer qu'aux obligations *verbis.* Mais la jurisprudence a trouvé le moyen de l'étendre à toutes les obligations quelconques : il suffit pour cela de transformer, par novation, l'obligation qu'on veut éteindre, quelle qu'elle soit, en une obligation verbale, et on peut dès lors la dissoudre par acceptilation. Remarquez à ce sujet la formule, nommée stipulation Aquilienne, et donnée par Aquilius Gallus, pour tenir quitte un débiteur de tout ce qu'il vous doit jusqu'à ce jour. — La libération *litteris* devait être aussi un payement imaginaire, opéré par inscription sur les registres, et propre exclusivement aux obligations *litteris.* Rien, toutefois, dans les sources ne nous indique son existence. — Enfin, par le consentement seul, on peut dissoudre les quatre contrats consensuels; c'est-à-dire s'en départir, les mettre à néant, comme s'ils n'avaient jamais existé : pourvu, toutefois, que les choses soient encore entières (*re integra; antequam fuerit res exsecuta*), c'est-à-dire qu'il n'y ait eu encore ni perte des objets du contrat, ni exécution ou commencement d'exécution de la part de l'une ou de l'autre des parties.

Les Instituts passent sous silence quelques autres causes de libération qui ont lieu suivant le droit civil : telles que la confusion et la perte de la chose due, sans faute ni demeure du débiteur, dans les obligations de corps certains. Ces événements ne sont pas, à proprement parler, des causes extinctives de l'obligation. La confusion n'est qu'un obstacle, provenant des personnes, à l'exercice de l'action; et la perte de la chose due, un obstacle, provenant des choses mêmes, à l'exécution de l'obligation. — Quant aux cas dans lesquels, bien que l'obligation subsiste, le débiteur a cependant le secours des exceptions pour se défendre contre le créancier, tels que le pacte de remise, le serment, la transaction, la compensation, etc., ils reviendront quand nous traiterons des exceptions.

FIN DU LIVRE TROISIÈME.

# EXPLICATION HISTORIQUE

DES

# INSTITUTS DE JUSTINIEN.

---

## LIVRE QUATRIÈME.

### TITULUS I.

#### DE OBLIGATIONIBUS QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Cum expositum sit, superiore libro, de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio et quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur. Hæ vero unius generis sunt; nam *omnes ex re nascuntur*, id est, ex ipso maleficio : veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria.

### TITRE I.

#### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT.

Nous avons déjà, dans le livre précédent, traité des obligations qui naissent des contrats et comme des contrats; vient ensuite à examiner les obligations qui naissent des méfaits et comme des méfaits. Les premières, comme nous l'avons déjà dit, se divisent en quatre espèces. Ces dernières, au contraire, sont d'une seule espèce; car *elles naissent toutes de la chose,* c'est-à-dire du délit même, par exemple : du vol, du rapt, du dommage ou de l'injure.

1715. Le texte ne s'occupe ici des délits que sous le rapport des obligations qu'ils produisent, et des actions privées qui en résultent pour les personnes lésées, contre les délinquants.

*Omnes ex re nascuntur*. Ces obligations naissent toutes de la chose, c'est-à-dire du fait, du délit, du méfait lui-même (*ex ipso maleficio*); à la différence de celles des contrats, qui proviennent, comme nous l'avons vu, soit de la chose, soit de la stipulation, soit de l'écrit, soit du consentement.

1716. Il ne faut pas croire qu'en droit romain le délit consiste dans tout fait nuisible et illicite, commis avec mauvaise intention. Nous trouverons classés en dehors des délits des faits préjudiciables et illicites, dans lesquels se trouve cette mauvaise intention; et à l'inverse on range parmi les délits des faits préjudiciables dans lesquels il n'y a eu, de la part de leur auteur, aucune intention de nuire. C'est qu'il en est, en droit romain, à l'égard des délits comme à l'égard des contrats : pour qu'il y ait obligation résultant d'un délit (*ex delicto*), il faut que le fait nuisible dont il s'agit ait été spécialement prévu et caractérisé comme tel par l'ancienne législation civile, et qu'une action particulière y ait été attachée.

1. Furtum est *contrectatio* rei *fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei*, vel etiam usus possessionisve; *quod lege naturali prohibitum est admittere.*

1. Le vol est l'*attouchement frauduleux* d'une chose, *pour tirer profit soit de la chose même, soit de son usage ou de sa possession*; acte contraire à la loi naturelle.

1717. Le jurisconsulte Paul, dans ses *Sentences*, nous donne une définition du vol qui revient, à peu de chose près, à celle de notre texte : « Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat (1). »

*Contrectatio rei*. C'est, à proprement parler, l'attouchement de la chose ; et, par suite, son déplacement, sa soustraction. Sans cet attouchement il n'y a pas de vol, l'intention elle-même y fût-elle. « Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur (2). » Ainsi, qu'un homme s'introduise pour voler, en ouvrant ou même brisant une porte, tant qu'il n'a pas encore saisi la chose il n'y a pas encore vol ; il en est de même de celui qui se fait frauduleusement consentir une obligation. C'est encore de là qu'on conclut que les immeubles ne sont pas susceptibles d'être volés, parce qu'il y a impossibilité de les soustraire, de les déplacer par attouchement (3). Cependant, l'opinion des Sabiniens avait été autrefois qu'il pouvait y avoir vol même à l'égard des immeubles ; mais cet avis, selon ce que nous dit Gaius lui-même, avait été improuvé (4). Le texte n'ajoute pas, comme Paul et comme Théophile dans sa paraphrase, *contrectatio rei alienæ*, la soustraction de la chose d'*autrui*, probablement parce qu'on peut aussi, comme nous le verrons, commettre un vol sur sa propre chose ; mais ce n'est jamais que lorsque par la soustraction de cette chose on porte atteinte à un droit qui appartenait à autrui, par exemple à un droit d'usage ou d'usufruit.

*Fraudulosa*. La soustraction, pour constituer un vol, doit être frauduleuse ; ce qu'exprime aussi la définition de Paul : *dolo malo*. Celui qui prendrait la chose d'autrui croyant en avoir le droit, par exemple comme héritier, comme usufruitier, ou croyant que le maître l'y a autorisé, celui-là ne commettrait pas un vol. Nous avons vu un cas semblable, tom. II, n° 523.

*Lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*. L'intention frauduleuse du voleur, en détournant la chose, n'est pas seulement de porter préjudice à autrui, mais principalement de s'approprier un avantage sur cette chose : que cet avantage consiste dans la chose elle-même, dans son usage, dans sa possession ou dans l'exercice de tout autre droit semblable sur elle, il n'y en a pas moins vol, ainsi que nous le verrons par les exemples cités aux paragraphes suivants. Du reste, s'il la volait pour la donner à un autre il y aurait également vol (5).

Théophile, dans sa paraphrase, ajoute avec raison à cette

(1) Paul. Sent. 2. 31. 1. — (2) Dig. 41. 2. 3. § 18. f. Paul. — (3) *Ibid.* 47. 2. 25. pr. f. Ulp. — Voy. ci-dessus, t. II, n° 524. — (4) Gai. 2. 51. — (5) Dig. 47. 2. 54. § 1. f. Gai.

définition que la soustraction, pour qu'il y ait vol, doit porter préjudice à autrui : *lædens aliquem*. Nous verrons, en effet, par les exemples du texte, que cette condition est encore nécessaire.

II. Furtum autem vel a *furvo*, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fiat, et plerumque nocte; vel a *fraude;* vel a *ferendo*, id est, auferendo; vel a græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Imo et Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

2. Le mot *furtum*, vol, vient ou de *furvum*, qui signifie noir, parce qu'il se fait clandestinement, dans l'obscurité et même le plus souvent la nuit; ou bien encore de *fraus* (fraude), ou de *ferre*, c'est-à-dire emporter, ou du mot grec φῶρας qui signifie voleur, lequel mot vient également de φέρειν, emporter.

III. Furtorum autem *genera duo sunt :* manifestum, et nec manifestum. Nam *conceptum* et *oblatum* species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum; sicut inferius apparebit. *Manifestus fur est*, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant; nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo loco deprehenditur quo furtum fit : veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit; vel qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehensus sit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato, vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quæ diximus intelligitur; nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

3. Le vol est de *deux espèces*, manifeste ou non manifeste; car les vols *conceptum* et *oblatum* sont plutôt des sortes d'actions inhérentes au vol, que des espèces de vol, comme la suite va le démontrer. *Le voleur manifeste est* celui que les Grecs appellent : ἐπ' αὐτοφώρῳ (en flagrant délit); non-seulement celui qui est pris sur le fait, mais même celui qui est pris sur le lieu du vol, par exemple avant d'avoir passé la porte de la maison où il a volé, dans le champ d'oliviers, dans la vigne où il vient de voler des olives ou du raisin. Bien plus, il faut encore étendre le vol manifeste au cas où le voleur a été vu ou saisi soit par le propriétaire, soit par tout autre, dans un lieu public ou dans un lieu particulier, tenant encore la chose volée, avant d'être parvenu au lieu où il avait dessein de l'apporter et de la déposer; mais une fois portée à sa destination, quand bien même il serait pris nanti de cette chose, il ne serait pas réputé voleur manifeste. D'après ce que nous venons de dire, on voit ce qu'est le vol non manifeste, car celui qui ne rentre pas dans le cas du vol manifeste est non manifeste.

1718. *Genera duo sunt*. Les jurisconsultes Sulpicius et Sabinus, et ceux de leur école, comptaient quatre espèces de vols, nous dit Gaius : les vols *manifeste*, ou *non manifeste; conceptum*, ou *oblatum*. Labéon, au contraire, n'en comptait que deux : le vol *manifeste* et le vol *non manifeste;* car, à l'égard des autres, c'étaient des actions spéciales inhérentes au vol selon les circonstances accidentelles, plutôt que d'autres espèces particulières de vol. Cette dernière opinion était celle que Gaius adoptait, comme la plus exacte (1), et que notre texte a suivie. Paul, dans ses *Sentences*, professait encore celle des Sabiniens (2).

(1) Gai. 3. 183. — (2) Paul. Sent. 2. 31. 2.

1719. *Manifestus fur est.* Ces caractères que le texte nous indique comme constituant le vol manifeste n'avaient pas été adoptés sans contestations entre les jurisconsultes. Nous voyons par les *Instituts* de Gaius et par les *Sentences* de Paul que quatre opinions, donnant plus ou moins d'extension au vol manifeste, avaient été émises. Selon les uns, pour qu'il y eût vol manifeste il fallait que le voleur eût été pris sur le fait même; selon d'autres, il suffisait qu'il eût été pris encore sur le lieu du vol; suivant une troisième opinion, dans un lieu quelconque, mais nanti encore de la chose, avant d'être arrivé au lieu où il voulait la transporter; enfin, suivant une quatrième, en quelque temps et en quelque lieu que ce fût, s'il avait été pris tenant la chose volée. La troisième opinion était la plus suivie (1) : c'est celle que notre texte confirme.

Nous avons déjà rapporté (t. I, *Hist.*, tabl. 8, §§ 12 et suiv., p. 112), les fragments et les dispositions des Douze Tables relativement au vol. Nous savons que cette loi primitive avait consacré la distinction fondamentale entre le vol *manifeste* et le vol *non manifeste*; que la peine du vol manifeste était capitale : « Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat (2), » en ce sens que l'homme libre, après avoir été battu de verges, était livré en addiction (*addictus*) à celui qu'il avait volé, « nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat (3). » C'était une question entre les anciens, nous dit Gaius, que de savoir si, par cette addiction, il devenait réellement esclave, ou seulement assimilé à celui qui aurait été adjugé à un autre (4). Pour l'esclave, la peine du vol manifeste était la mort : on le précipitait de la roche Tarpéienne. Mais, plus tard, le préteur corrigea cette rigueur pénale, et il introduisit par son édit, contre le vol manifeste, tant à l'égard de l'homme libre que de l'esclave, l'action pénale du quadruple. Le vol manifeste répond, à peu de chose près, en fait de vol, à ce que nous appelons le *flagrant délit*. La loi romaine suit l'instinct grossier des pénalités primitives, qui est de frapper avec plus d'emportement le coupable pris sur le fait, soit parce que la culpabilité est alors plus évidente, soit parce que l'esprit de vengeance est encore dans toute son ardeur (5). Le préteur a adouci cet emportement, tout en conservant une peine plus forte contre le vol *manifeste* que contre le vol *non manifeste*. — A l'égard de celui-ci, la peine, d'après la loi des Douze Tables, était une action pour le double, qui fut maintenue par le préteur. « Nec manifesti furti pœna per legem XII Tabularum dupli inrogatur; quam etiam prætor conservat (6). »

(1) Gai. 3. 184. — Paul. Sent. 2. 31. 2. — (2) Gai. 3. 189. — (3) *Ibid.* — (4) « Utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant. » (Gai. *Ib.*) Voy. ce que nous avons dit sur l'état de celui qui avait été *addictus*, ci-dessus, tom. I, *Génér.*, n° 56. — (5) V. nos *Eléments de droit pénal*, n°s 765 et suiv. — (6) Gai. 3. 190.

IV. *Conceptum furtum* dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. *Oblatum furtum* dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit : utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dedit conciperetur. Nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio quæ appellatur oblati. Est etiam *prohibiti furti actio* adversus eum qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris, per actionem furti non exhibiti, adversus eum qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est, concepti et oblati et furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie *secundum veterem observationem non fit*, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt; cum manifestissimum est quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, *furti nec manifesti obnoxii sunt*.

4. On dit qu'il y a vol *conceptum* lorsque la chose volée a été, en présence de témoins, cherchée et trouvée chez quelqu'un. En effet, bien que celui-ci ne soit pas voleur, on donne contre lui une action spéciale qu'on nomme *concepti*. On dit qu'il y a vol *oblatum* lorsque la chose volée t'a été remise par quelqu'un et saisie chez toi, si celui qui te l'a donnée l'a fait dans l'intention qu'elle fût saisie plutôt chez toi que chez lui. Car celui chez lequel la chose a été saisie a, contre celui qui la lui a remise, bien qu'il ne soit pas le voleur, l'action que l'on appelle *oblati*. Il y a encore l'action *prohibiti furti* contre celui qui s'oppose à la perquisition, en présence de témoins, d'une chose volée. En outre l'édit du préteur établit, au moyen de l'action *furti non exhibiti*, une peine contre celui qui ne représenterait pas la chose volée qui a été cherchée et trouvée chez lui. Mais ces actions *concepti, oblati, furti prohibiti, furti non exhibiti*, sont tombées en désuétude; en effet, la perquisition des choses volées *ne se faisant plus aujourd'hui selon l'ancienne solennité*, c'est avec raison que ces actions elles-mêmes ont cessé d'être en usage: ceux qui, sciemment, auraient reçu une chose volée et l'auraient recélée étant évidemment *passibles de l'action de vol non manifeste*.

1720. Il s'agit dans ce paragraphe de quelques actions particulières que des circonstances accidentelles pouvaient faire naître à l'occasion d'un vol.

Le texte nous indique quatre de ces actions : 1° *actio furti concepti*; 2° *furti oblati*; 3° *furti prohibiti*; 4° *furti non exhibiti*; les deux premières dérivant de la loi des Douze Tables; les deux autres introduites par le préteur.

*Conceptum furtum*. Il s'agit ici de l'action contre le recéleur d'un objet volé. La loi des Douze Tables avait établi à cet égard une distinction analogue à celle entre le vol manifeste et le vol non manifeste. Elle avait consacré, pour rechercher un objet volé, chez celui qui le recélait, un mode solennel : celui qui voulait faire la perquisition devait être nu (*nudus*), entouré néanmoins d'une ceinture (*linteo cinctus*), tenant un plat dans ses mains (*lancem habens*); et si l'objet volé était découvert par ce mode solennel de perquisition, le vol était considéré, à l'égard du recéleur, comme manifeste, et puni comme tel. « Hoc solum præcepit (lex) ut qui quærere velit, nudus quærat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit jubet id lex furtum mani-

festum esse (1). » C'était là ce qu'on nommait *furtum lance licioque conceptum*. Mais si l'objet volé était découvert accidentellement, ou par une perquisition faite du consentement de celui chez qui on cherchait, en un mot sans recourir à la forme solennelle, alors le vol était dit simplement *furtum conceptum*, et la loi des Douze Tables ne punissait le recéleur que de la peine du triple : « Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est; quæ similiter a prætore servatur. » Ainsi, il faut distinguer, dans la législation des Douze Tables, entre le vol simplement *conceptum* et le vol *lance licioque conceptum*. Faute d'avoir fait cette distinction, la plupart des écrivains sont tombés dans d'obscures contradictions.

A l'époque de Gaius, l'ancienne perquisition solennelle *par le plat et par la ceinture*, abrogée par la loi Æbutia, n'existait plus, ni par conséquent l'action *furti lance licioque concepti*. La perquisition se faisait simplement en présence de témoins, *testibus præsentibus*, comme nous dit notre texte d'après Gaius, et il ne restait que l'action *furti concepti*. Aussi Gaius, cherchant à expliquer, comme nous l'avons déjà fait dans l'*Histoire du droit* (t. I, p. 112), les différentes formalités de la perquisition solennelle, les tourne-t-il en dérision plutôt qu'il ne les explique (2).

*Oblatum furtum*. Le fragment de Gaius que nous venons de rapporter à la page précédente, à propos du vol simplement *conceptum*, nous prouve que l'action *furti oblati* dérivait comme celle-là de la loi des Douze Tables et était également du triple.

*Prohibiti furti actio*. Cette action, qui était du quadruple, fut introduite par l'édit du préteur, la loi des Douze Tables n'établissant aucune peine à cet égard, mais ordonnant seulement, en cas de contestation, la perquisition solennelle *per lancem liciumque*. « Prohibiti actio quadrupli ex edicto prætoris introducta est; lex autem eo nomine nullam pœnam constituit (3). »

*Secundum veterem observationem non fit*. Ce fut la loi Æbutia, dont nous avons déjà parlé dans l'*Histoire du droit* (tom. I, n[os] 241 et suiv.), qui supprima, avec les actions de la loi, la

---

(1) Gai. 3. 192. — Aulu-Gelle nous dit aussi la même chose : « *Ea furta quæ per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt.* » (Noct. att. xi. 18.) — (2) « Quid sit autem linteum quæsitum est : sed verius est, consuti genus esse quo necessariæ partes tegerentur. Quare lex tota ridicula est; nam qui vestitum quærere prohibet, is et nudum quærere prohibiturus est, eo magis quod ita quæsita res inventa majori pœnæ subjiciatur. Deinde quod, lancem sive ideo haberi jubeat ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quæratur, ejus magnitudinis aut naturæ sit, ut neque subjici, neque imponi possit. » (Gai. 3. 193.) — Festus donnait à la formalité du plat un autre motif, le seul connu avant la découverte de Gaius, mais bien moins plausible que celui du jurisconsulte : « Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familias aut virginum præsentiam. » (Festus, au mot *Lanx*. — (3) Gai. 3. 192.

perquisition solennelle de la loi des Douze Tables, et par conséquent l'action du vol *lance licioque concepti* (1). Mais les autres actions de vol continuèrent à rester en usage, et elles l'étaient encore près de quatre siècles après, au temps de Gaius et de Paul. Cependant elles tombèrent elles-mêmes en désuétude, ainsi que nous l'apprend notre texte.

*Furti nec manifesti obnoxii sunt*. Telle est la disposition d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, insérée au Code de Justinien (2).

V. Pœna manifesti furti quadrupli est tam ex servi quam ex liberi persona; nec manifesti, dupli.

5. La peine du vol manifeste est du quadruple, que le voleur soit libre ou esclave : celle du vol non manifeste est du double.

1721. Nous aurons à expliquer, en nous occupant des actions qui naissent du vol, sous les §§ 13 et suivants, en quoi consistait cette peine du quadruple ou du double contre le vol manifeste ou non manifeste.

VI. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed et generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit. Veluti, si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregre secum tulerit; aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset (3).

6. Il y a vol non-seulement lorsqu'on enlève la chose d'autrui pour se l'approprier, mais en général lorsqu'on détourne une chose contre la volonté du propriétaire. Ainsi, que le créancier se serve de la chose qui lui a été donnée en gage; le dépositaire, de celle qui lui a été confiée; ou bien que l'usager d'une chose l'emploie à un autre usage que celui pour lequel elle lui a été donnée, il y a vol. Par exemple, si quelqu'un ayant emprunté de l'argenterie comme devant inviter des amis à un festin, l'emporte avec lui en voyage ; ou bien si, empruntant un cheval pour une course, il le conduit beaucoup plus loin; ou, comme l'ont écrit les anciens, s'il le conduit au combat.

VII. Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint, ita furtum committere si se intelligant id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum : at si permissurum credant, extra crimen videri : optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur.

7. Toutefois l'emprunteur qui emploie les choses à un usage autre que celui pour lequel elles lui ont été prêtées ne commet de vol qu'autant qu'il le fait sachant que c'est contre le gré du propriétaire, et que celui-ci, s'il en était instruit, ne le permettrait pas. Mais s'il s'est cru certain de la permission, il n'y a pas de crime : distinction très-juste, car il n'y a pas de vol sans l'intention de voler.

VIII. Sed et si credat aliquis invito

8. Et même si l'emprunteur croit

(1) Sed enim cum proletarii, et assidui, etc., etc., *furtorumque questiones cum lance et licio* evanuerint; omniaque illa XII Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, *lege Æbutia lata*, consopita sit. » (AULUS GELLIUS. XVI. 10.) — (2) COD. 6. 2. 14. — (3) V. en exemple VALER. MAXIM. 8. 2.

domino se rem commodatam contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est : Cum Titius servum Mævii sollicitaverit ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Mævium pertulerit; Mævius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre : utrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, *quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo;* nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed et servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen concilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est; ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.

détourner la chose contre le gré du propriétaire, tandis que cela a lieu selon sa volonté, on décide qu'il n'y a pas vol. D'où la question suivante : Titius avait sollicité l'esclave de Mævius pour qu'il dérobât à son maître divers objets et les lui apportât; l'esclave ayant averti son maître, celui-ci, afin de surprendre Titius en flagrant délit, a permis à son esclave de lui porter quelques objets. Quelle action aura-t-on contre Titius? l'action de vol, celle en corruption d'esclave, ou bien ni l'une ni l'autre? Ces doutes nous ayant été soumis, après avoir considéré les discussions qu'ils ont fait naître entre les anciens prudents, dont *quelques-uns n'accordaient ni l'action de vol, ni l'action en corruption d'esclave; quelques autres l'action de vol seulement :* pour prévenir de pareilles subtilités, nous avons décidé que, dans ce cas, on aurait et l'action de vol et celle en corruption d'esclave. En effet, bien que l'esclave n'ait pas été corrompu, et qu'on paraisse par conséquent hors des règles constitutives de l'action en corruption d'esclave, cependant l'intention de pervertir l'esclave étant évidente, nous avons voulu que ce corrupteur soit puni comme s'il avait réussi dans son projet, afin que l'exemple de son impunité n'encourageât personne à consommer le même délit sur d'autres esclaves plus faciles à corrompre.

1722. *Quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo.* L'action *servi corrupti* était une action du double, introduite, par l'édit du préteur, contre celui qui aurait recélé dans sa fuite l'esclave d'autrui, ou qui lui aurait persuadé quelque chose de pernicieux, de manière à en détériorer la valeur morale, et par conséquent aussi pécuniaire (1).

Dans l'espèce de notre paragraphe, quelques jurisconsultes n'accordaient ni l'action de vol, parce que la chose n'avait pas été soustraite au préjudice du maître, puisque celui-ci avait consenti à ce qu'elle fût emportée; ni l'action *servi corrupti,* puisque l'esclave, bien loin d'avoir été corrompu, avait donné une preuve de sa fidélité. D'autres accordaient cependant l'action de vol, parce que le consentement du maître à ce que la chose fût emportée n'avait pas été un consentement réel, dans le but de céder sa

(1) « Ait prætor : Qui servum, servam, alienum, alienam recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam, deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo. » Tels étaient les termes de l'édit. (Dig. 11. 3. 1. pr. f. Ulp.).

chose; mais un consentement simulé, pour surprendre le voleur. Justinien accorde les deux actions, tant celle de vol que celle *servi corrupti* (sur le concours des délits, V. n° 1780), les faits ayant été consommés de la part du voleur autant qu'il a dépendu de lui (1). Il reconnaît toutefois que cette décision n'est pas conforme aux principes rigoureux du droit romain.

IX. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit : veluti, si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit.

9. Quelquefois même il peut y avoir vol de personnes libres : par exemple si quelqu'un des enfants soumis à notre puissance nous est enlevé.

1723. Gaius ajoutait encore l'exemple du cas où l'on aurait enlevé au chef de famille sa femme *in manu*, ou l'individu libre soumis à son *mancipium*. Il est évident que dans tous ces cas la peine de l'action de vol n'était pas calculée sur la valeur de la personne soustraite, car on ne peut apprécier à prix d'argent une personne libre; mais qu'elle était calculée sur l'intérêt du chef de famille. « Furti autem agitur in id quod interest, » dit Théophile dans sa paraphrase, et il cite pour exemple le cas où un enfant ayant été institué héritier sous cette condition : *s'il se trouve dans telle ville à la mort du testateur*, et le voleur l'ayant emmené dans une autre ville, la condition s'est trouvée inaccomplie, et l'hérédité perdue; le compte de cette perte devra entrer dans l'estimation du préjudice.

X. Aliquando etiam suæ rei furtum quisque committit : veluti, si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

10. Et d'autres fois même on vole sa propre chose : par exemple si le débiteur soustrait à son créancier la chose qu'il lui a donnée en gage.

XI. Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit : qualis est is cujus *ope et consilio* furtum factum est. In quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas vel boves fugaverit, ut alius eos exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope et consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur

11. Il peut arriver qu'on soit tenu de l'action de vol, bien qu'on n'ait pas volé soi-même. Tel est celui qui a coopéré au vol *en y fournissant assistance et à dessein*. De ce nombre est celui qui a fait tomber votre argent de vos mains pour qu'un autre s'en saisît, qui s'est placé devant vous pour qu'un autre, n'étant pas vu, vous enlevât quelque chose; qui a dispersé vos brebis et vos bœufs pour qu'un autre les enlevât; c'est ce que les anciens ont écrit de celui qui met en fuite un troupeau de bœufs par la vue d'un voile de pourpre. Mais s'il n'y a là que des actes d'étourderie, sans dessein de fournir assistance au vol, c'est l'action *in factum* qui doit être donnée. Au contraire, si Mævius a aidé Titius à voler, tous les deux sont tenus de l'ac-

(1) Mais comment calculera-t-on l'indemnité pour la corruption de l'esclave, puisqu'il n'a pas été corrompu? On la calculera sur ce qu'elle aurait été si l'esclave avait été réellement corrompu : *Tanquam si reipsa fuisset servus corruptus*.

rentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

tion de vol. On considère encore comme ayant fourni à dessein assistance au vol celui qui a posé les échelles aux fenêtres, qui a brisé les fenêtres ou la porte afin qu'un autre pût voler; ou qui a prêté des outils pour briser, des échelles pour gravir, s'il l'a fait en connaissance de cause. Mais celui qui n'a fait que conseiller le vol, fût-ce avec exhortation, mais sans aider à le faire, n'est pas tenu de l'action de vol.

1724. Ce paragraphe est relatif aux complices du vol. Ils sont tenus, comme le voleur lui-même, de l'action *furti*. Mais, pour qu'ils soient complices, il faut qu'ils aient pris part au vol *ope et consilio* : tels sont les termes consacrés dans la langue du droit romain. Les jurisconsultes sont divisés sur l'interprétation à donner à ces mots, dont le sens même n'est pas toujours uniforme dans les textes romains. Nous adopterons celle qui les explique en ce sens qu'il n'y a complicité qu'autant qu'on a coopéré au vol en donnant assistance (*ope*) et à dessein (*et consilio*) : ces deux circonstances doivent se trouver réunies. Celui qui donnerait assistance, mais sans dessein de coopérer à un vol, ne serait pas tenu de l'action *furti*; non plus que celui qui en aurait le dessein, mais qui n'y coopérerait pas de fait Les exemples que donne le texte peuvent nous bien faire comprendre l'application de ces deux conditions. Celui qu'Ulpien cite au Digeste, d'après Pomponius, loin de sortir de la règle, y est conforme. Il s'y agit de quelqu'un qui a conseillé et persuadé à un esclave de prendre la fuite, afin qu'un autre pût le voler. Il sera tenu de l'action *furti*, dit le jurisconsulte; en effet, il a coopéré activement, il a donné une assistance de fait au vol, puisqu'il s'est employé à détourner l'esclave, à le faire fuir, afin qu'on pût le voler, et il l'a fait à dessein : il y a donc pris part *ope et consilio* (1).

XII. Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem faciunt; et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini potestatem revertatur; sed furti actio non nascitur, quia *nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci*. Si vero ope et consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est ope et consilio ejus furtum factum esse.

12. Ceux qui sont en la puissance d'un père ou d'un maître, s'ils leur dérobent quelque chose, commettent un vol; cette chose tombe dans la condition des choses volées, et, par conséquent, elle ne peut être acquise par aucune usucapion, tant qu'elle n'est pas rentrée entre les mains du propriétaire; cependant il ne naît pas d'action de vol, parce que, *même pour aucune autre cause, il ne peut naître d'action entre eux*. Mais si le vol a été commis par l'aide et le conseil d'un autre, comme il y a bien vol, ce dernier sera passible de l'action de vol, parce qu'il est certain qu'il a coopéré à un vol par assistance et à dessein.

(1) DIG. 47. 2. 36. pr. et § 2.

1725. *Nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci :* à cause de la puissance à laquelle ils sont soumis, qui fait que leur personne, quant aux biens et aux intérêts, se confond en quelque sorte avec celle de leur chef de famille; et que, par conséquent, il ne peut y avoir entre eux aucune sorte d'action (Comp. notre Code pénal, art. 380). Mais cela s'applique exclusivement aux personnes soumises à la puissance du chef : il n'en serait pas de même pour les enfants sortis de la puissance paternelle par émancipation ou par toute autre cause

### ACTIONS RELATIVES AU VOL.

1726. Plusieurs actions naissent du vol : l'action de vol (*actio furti*), la condiction furtive (*condictio furtiva*); outre l'action en vendication et l'action *ad exhibendum*, qui appartiennent au propriétaire, pour poursuivre sa chose.

1727. L'action de vol (*actio furti*) est indépendante de toutes les autres ; c'est une action pénale, c'est-à-dire qui a uniquement pour but de poursuivre contre le coupable la condamnation à une peine pécuniaire; sans préjudice de la restitution de la chose volée, que les autres actions ont pour but de poursuivre.

L'action de vol se donne pour le quadruple dans le cas de vol manifeste, et pour le double dans le cas de vol non manifeste. Nous savons que l'action du quadruple est une action prétorienne introduite par l'Édit; et l'action du double, une action civile provenant de la loi des Douze Tables.

1728. Ce qui doit être doublé ou quadruplé dans l'action de vol, ce n'est pas l'estimation corporelle de la chose, c'est l'indemnité du préjudice que le vol a occasionné à celui qui intente l'action (*quod actoris interfuit*) : cette règle doit être tenue pour vraie et incontestable, malgré la contradiction apparente que présente à ce sujet un texte d'Ulpien (1), lequel d'ailleurs reconnait et applique lui-même la règle dans d'autres exemples. Si, par exemple, le voleur a soustrait des tablettes, des écrits, portant reconnaissance ou quittance (*tabulæ, cautiones, chirographa*) (2); s'il a volé une chose qu'on s'était obligé de livrer à autrui, sous une clause pénale encourue par suite du vol (3); s'il a volé un esclave qui était institué héritier et qu'il a empêché ainsi de faire adition par ordre de son maître; de même, dans le cas que nous avons cité ci-dessus, n° 1723, relativement au vol d'un enfant, et dans tous autres semblables, il faut faire entrer l'estimation de tous ces préjudices dans le compte de la somme qui doit être doublée ou quadruplée.

---

(1) DIG. 47. 2. *De furtis*. 50. pr. f. Ulp. : « In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. » Ces paroles ne doivent pas être entendues dans un sens absolu; elles se réfèrent uniquement à l'hypothèse dont elles sont suivies, et pour laquelle elles ont été écrites. — (2) *Ibid*. 27. pr. f. Ulp. — (3) *Ib*. 67. § 1. f. Cels.

Du reste, l'estimation est faite suivant la plus haute valeur depuis que le vol a été commis (1).

1729. Les paragraphes qui suivent nous apprennent à qui l'action de vol est donnée.

**XIII.** Furti autem actio *ei competit cujus interest* rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

**13.** L'action de vol se donne *à celui qui a intérêt à la conservation de la chose*, même quand il n'est pas propriétaire; et le propriétaire, par conséquent, n'a cette action que dans le cas où il est intéressé à ce que la chose ne périsse pas.

1730. *Ei competit cujus interest;* d'où il suit que l'action de vol peut appartenir à plusieurs personnes à la fois. Si, par exemple, c'est un esclave soumis à un droit d'usufruit qui a été volé, l'usufruitier et le propriétaire auront chacun l'action de vol: l'un pour le double ou le quadruple de l'intérêt que lui donnait à l'esclave son droit d'usufruit; l'autre son droit de nue propriété (2); et il en serait de même dans tous les cas semblables. Mais le seul intérêt à ce que la chose ne fût pas volée ne suffit pas pour donner droit à l'action de vol; il faut, en outre, qu'on eût, au moment du vol, la chose en sa possession, ou du moins entre ses mains à un titre ou à un autre. Ainsi, celui à qui la chose volée était promise par stipulation, celui qui l'avait achetée, mais à qui elle n'avait pas encore été livrée, n'ont pas l'action de vol. Les jurisconsultes accordent seulement, dans ce cas, à l'acheteur le droit de se faire céder par son vendeur les actions qui appartiennent à celui-ci, ou ce qu'il a pu en retirer (3).

1731. Les paragraphes suivants exposent plusieurs exemples de différents détenteurs qui ont ou qui n'ont pas l'action de vol à l'exclusion du propriétaire, suivant le genre d'intérêt et de responsabilité qui pèse sur eux. Il faut, pour mieux apprécier les dispositions de ces paragraphes, se reporter à ce que nous avons dit de ces divers détenteurs au titre des contrats qui les concernent.

**XIV.** Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat; quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.

**14.** D'après cela, il est constant que le créancier à qui on a dérobé son gage peut agir par l'action de vol, même lorsque le débiteur est solvable, parce qu'il lui est plus avantageux de recourir sur son gage que de poursuivre la personne; tellement que fût-ce le débiteur lui-même qui eût soustrait le gage, le créancier n'en aurait pas moins l'action de vol.

**XV.** Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto

**15.** De même si un foulon a reçu des vêtements à nettoyer ou à soigner, ou un tailleur des habits à coudre, moyen-

(1) *Ibid.* 50. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 47. 2. *De furtis.* 46. § 1. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 13. f. Paul. — 14. pr. f. Ulp.

amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonæ fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio quemadmodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est, etsi in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.

nant un certain prix, et qu'on les lui ait volés, c'est lui qui a l'action de vol et non le propriétaire, parce que celui-ci n'a pas d'intérêt à la conservation de sa chose, pouvant l'exiger du tailleur ou du foulon par l'action de louage. L'acheteur de bonne foi à qui on a volé la chose qu'il vient d'acheter a l'action de vol, comme le créancier gagiste, bien qu'il ne soit pas propriétaire. Mais le foulon et le tailleur ne peuvent obtenir l'action de vol que s'ils sont solvables, c'est-à-dire s'ils peuvent payer au propriétaire l'estimation de sa chose. Car, s'ils n'étaient pas solvables, le propriétaire, ne pouvant obtenir d'eux son bien, aurait lui-même l'action de vol, parce qu'alors il aurait un intérêt personnel à la conservation de la chose. Il en serait de même si le foulon ou le tailleur n'étaient solvables qu'en partie.

XVI. Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit; et alterutra earum electa dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari. Sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem; ita tamen, si dominus, sciens rem esse subreptam, adversus eum cui res commodata fuerit pervenit. Sin autem nescius et dubitans rem esse subreptam, apud eum commodati actionem instituit; postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire : tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit, commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est; tunc etenim omni-

16. Ce que nous venons de dire du foulon ou du tailleur, les anciens l'appliquaient au commodataire. Car, de même que le foulon, par l'acceptation du salaire, de même le commodataire, par celle de l'usage de la chose, contracte l'obligation de répondre de sa garde. Mais notre prévoyance a encore amendé ce point dans nos décisions : le propriétaire a la faculté d'intenter soit l'action de commodat contre le commodataire, soit l'action de vol contre le voleur, mais une fois son choix fait, il ne peut plus revenir à l'autre action. S'il s'en prend au voleur, le commodataire est déchargé de toute obligation; s'il s'en prend au commodataire, il ne peut plus, en aucune manière, intenter contre le voleur l'action du vol, qui appartient dès lors au commodataire actionné pour répondre de la chose : bien entendu, lorsque c'est sciemment, sachant que la chose a été volée, qu'il a préféré attaquer le commodataire. Mais si c'est dans l'ignorance et dans le doute du vol commis chez le commodataire qu'il a attaqué celui-ci, et si, plus tard, venant à l'apprendre, il veut abandonner son action de commodat et prendre celle de vol, il le pourra sans que rien s'y oppose, parce que c'est dans l'incertitude du fait qu'il avait poursuivi le commodataire par l'action de commodat; à moins cependant qu'il n'ait été satisfait par ce dernier, auquel cas le voleur est dégagé à son égard de l'action de vol; mais il en est passible de la part du

modo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei qui pro re sibi commodata domino satisfecit : cum manifestissimum est, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituit, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnino liberari eum qui rem commodatam accepit, quemcunque causæ exitum dominus adversus furem habuerit : eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit.

commodataire qui a indemnisé le propriétaire. Il est également bien entendu que si le propriétaire, qui, dans l'ignorance du vol, avait intenté l'action de commodat, l'abandonne pour actionner le voleur, le commodataire est déchargé de toute obligation, quelle que soit l'issue du procès contre le voleur, comme aussi, dans le cas inverse, quelle que soit la solvabilité du commodataire, totale ou partielle.

**XVII.** Sed is apud quem res deposita est custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.

**17.** Le dépositaire ne répond pas de la garde de la chose, il n'est tenu que de son dol; c'est pourquoi si la chose lui a été volée, n'étant pas obligé par le contrat de dépôt à la restituer, il n'a aucun intérêt à sa conservation; l'action de vol ne peut donc pas être intentée par lui, mais c'est au propriétaire qu'elle appartient.

1732. Ajoutons, pour compléter ce qui concerne ceux qui ont droit à l'action de vol, que cette action passe à leurs héritiers et autres successeurs (1).

1733. Elle se donne non-seulement contre le voleur, mais, comme nous l'avons vu, contre celui qui a coopéré au vol *ope et consilio*. Dans ce cas, chacun d'eux est tenu séparément pour le tout, et la peine qu'il subit et qu'il paye ne libère pas les autres. Il en est de même lorsqu'il y a plusieurs voleurs (2).

L'impubère peut-il tomber sous le coup de cette action comme coupable de vol? Le paragraphe suivant résout cette question.

**XVIII.** In summa sciendum est quæsitum esse an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat? Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.

**18.** Sachons enfin qu'on s'est demandé si l'impubère, en détournant la chose d'autrui, commet un vol. La réponse est que, puisque le vol résulte de l'intention, l'impubère ne tombe dans les obligations de ce délit que s'il a agi dans l'âge approchant de la puberté, et par conséquent ayant l'intelligence de son délit.

**XIX.** Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem ad-

**19.** L'action de vol soit au double, soit au quadruple, a pour unique objet la poursuite de la peine; car, en dehors, le propriétaire a la poursuite de sa chose elle-même, qu'il peut se faire rendre par la vendication ou par la condiction. La vendication existe contre le possesseur, que ce soit le voleur lui-même ou

(1) Dig. 47. 1. 1. § 1. — (2) *Ibid.* 47. 2. 21. § 9. f. Ulp. — 47. 4. 1. § 19. f. Ulp.

versus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.

tout autre; la condiction, au contraire, contre le voleur ou son héritier, bien qu'il ne possède pas.

1734. Il s'agit ici des actions destinées à poursuivre la restitution de la chose volée, indépendamment de la peine pécuniaire que le voleur a pu subir par l'action *furti*.

Ces actions, comme nous dit le texte, appartiennent toujours au propriétaire de la chose, quel que soit celui qui ait eu l'action *furti*.

Le propriétaire peut poursuivre sa chose, soit par la vendication (*vindicando*), soit par la condiction (*condicendo*), soit par l'action *ad exhibendum*, s'il y a lieu, selon ce que nous avons expliqué (tom. II, n° 387) (1).

1735. La vendication et l'action *ad exhibendum* sont ici soumises aux règles générales de ces actions; nous savons qu'elles s'exercent contre tout possesseur, ou contre toute personne qui, de mauvaise foi, a cessé de posséder (*sive fur ipse possidet, sive alius quilibet*).

1736. Quant à la condiction, elle est ici toute particulière. On la nomme *condictio furtiva* (2). C'est une action personnelle par laquelle le propriétaire de la chose volée soutient que le voleur est personnellement obligé à lui donner, à lui transférer sa chose en propriété. Quoique, d'après les règles ordinaires, la condiction *si paret eum dare oportere* ne pût jamais avoir lieu dans le cas où il pourrait y avoir lieu à vendication, car il y avait contradiction entre ces deux demandes, ainsi que nous l'expliquerons plus loin (3) : cependant, en haine des voleurs, on avait cumulé contre eux la vendication et la condiction : ce qui n'était pas sans avantages pratiques pour le propriétaire à qui elles étaient déférées l'une et l'autre (4).

La condiction furtive se donne, non pas contre tout possesseur, comme la vendication, mais contre le voleur seulement, ou contre ses héritiers; car cette obligation personnelle, à la différence de l'action pénale de vol, passe à la charge des héritiers. Celui qui a coopéré au vol *ope et consilio*, bien qu'il soit tenu de l'action pénale *furti*, n'est pas tenu de la condiction furtive (5).

Le but de la condiction est de faire condamner personnellement le voleur à restituer la chose avec tous ses accessoires et dépendances, sinon à en payer tous dommages et intérêts au propriétaire (6).

1737. L'action *furti*, persécutoire de la peine, se cumule avec les autres actions persécutoires de la chose, puisqu'elles ont un

(1) DIG. 13. 1. 7. § 1. f. Ulp. — (2) Voir au DIG. le titre spécial : 13. 1. *De condictione furtiva*. — (3) INSTIT. 4. 6. § 14. — (4) *Ib.* — (5) DIG. 13. 1. 5 et 6. — (6) *Ib.* 3. f. Paul., et 8. f. Ulp. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit de l'action *furti*, relativement à cette estimation.

but tout différent, et les condamnations obtenues par l'une n'empêchent pas de poursuivre les autres. Mais il n'en est pas de même de ces dernières entre elles; si le propriétaire a obtenu par l'une d'elles la restitution de sa chose avec ses dépendances et accessoires, ou son estimation, les autres actions cessent. Ainsi, si la chose est rentrée en sa possession par la vendication, par exemple, ou si le voleur la lui a rendue, ou s'il a été indemnisé par suite de l'action *ad exhibendum*, la *condictio furtiva* cesse (1); mais la perte, la destruction de la chose, même par cas fortuit, perte qui, dans cette hypothèse d'un cas fortuit, éteindrait la *vindicatio*, ne libérerait pas le voleur de la *condictio furtiva*, dont il serait toujours tenu (2). C'est une des utilités, entre plusieurs autres, que lui offre la *condictio*. Quant à l'obligation *in solidum* des voleurs, s'ils sont plusieurs, voir n° 1821.

## TITULUS II.

### DE BONIS VI RAPTIS.

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti : quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur VI BONORUM RAPTORUM, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, *etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit*. Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.

## TITRE II.

### DE L'ACTION DES BIENS RAVIS PAR VIOLENCE.

Celui qui ravit la chose d'autrui est passible certainement de l'action de vol. En effet, qui peut détourner une chose plus contre la volonté du propriétaire, que celui qui la ravit de force? Aussi l'a-t-on, à bon droit, nommé *improbus fur*. Néanmoins le préteur a introduit contre ce crime une action spéciale qui se nomme action des biens ravis par violence, qui est du quadruple pendant l'année, et après l'année, du simple. Cette action s'applique même contre celui qui n'aurait ravi *qu'une seule chose, si petite qu'elle fût*. Le quadruple n'est pas ici en entier à titre de peine, sauf en outre la poursuite de la chose, comme nous l'avons dit pour le vol manifeste; mais dans ce quadruple est comprise la poursuite de la chose; en sorte que la peine est du triple, que le ravisseur ait été ou non pris en flagrant délit. Il eût été ridicule, en effet, de faire une meilleure condition à celui qui ravit de force qu'à celui qui soustrait clandestinement.

1738. L'Édit du préteur qui introduit l'action dont il s'agit ici, est ainsi conçu : (Prætor ait :) « Si cui dolo malo, hominibus coactis, damni quid factum esse dicetur sive cujus bona rapta esse dicentur : in eum, qui id fecisse dicetur, judicium dabo (3). » Cette action se nomme action des biens ravis par violence. C'est une action privée, qui se donne à celui qui a souffert la vio-

(1) Dig. 13. 1. 8. pr. et 10. et 14. § 2. — (2) Ib. 7. § 2. f. Ulp. — 20. f. Tryph. — (3) Dig. 47. 8. 2. pr. f. Ulp.

lence, quoiqu'il eût aussi à sa disposition une accusation publique criminelle, en vertu de la loi Julia sur la violence (*lex* Julia, *de vi privata*). C'est à lui à choisir la voie qu'il préfère (1).

1739. Les jurisconsultes expliquent successivement tous les termes de l'édit. — Il faut que le fait ait été commis à mauvaise intention, *dolo malo ;* par exemple, le publicain (*publicanus*) qui m'enlèverait mon troupeau parce qu'il croirait, quoique à tort, que j'ai commis quelque contravention à la loi (*contra legem vectigalis*), n'agirait pas *dolo malo* (2). Il faut, de plus, qu'il ait eu lieu par violence, *vi*, car cette circonstance doit être sous-entendue dans l'expression de l'édit, *dolo malo* : elle est d'ailleurs suffisamment indiquée par ces mots *hominibus coactis, bona rapta* (3). — Peu importe que le ravisseur ait lui-même réuni les gens pour exercer la violence, ou qu'il ait profité de ceux réunis par un autre. Et même, bien que l'édit porte *hominibus coactis* (4), n'y eût-il qu'un seul homme employé à exercer la violence, ou même le ravisseur l'eût-il seul exercée, l'action n'en aurait pas moins lieu; comme aussi n'y eût-il qu'une seule chose d'enlevée, bien que l'édit porte *bona rapta* (5). C'est à cela que fait allusion notre texte, lorsqu'il porte : *etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit.*

1740. Cette action a quelque similitude et plusieurs différences avec l'action de vol. De même que l'action de vol, elle n'a lieu que pour les choses mobilières, et non contre l'envahissement par violence de fonds de terre ou d'autres immeubles, envahissement qui est réprimé par d'autres moyens (6). Les règles que nous avons exposées pour savoir à qui se donne l'action de vol s'appliquent également ici (7), comme l'explique implicitement le § 2 qui suit.

Nous voyons suffisamment par le texte comment cette action toute prétorienne diffère de l'action *furti*, en ce sens qu'elle est à la fois pénale et persécutoire de la chose; et comment la peine, en définitive, n'y est que du *triple*. — Elle en diffère encore par la manière dont se calcule le quadruple, car il se calcule sur la véritable valeur de la chose, et non sur l'intérêt du demandeur : « Verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest (8). »

1741. Comme le fait de la violence n'empêche pas qu'il y ait vol, le demandeur pourrait, au lieu de l'action *vi bonorum raptorum*, intenter l'action *furti*. C'est à lui de choisir celle qui lui est la plus avantageuse. Certainement, si le ravisseur a été pris en flagrant délit, l'action *furti manifesti* lui vaudra mieux ; de

(1) Dig. 47. 8. 2. § 1. — (2) *Ib.* § 20. — (3) *Ib.* § 9. — (4) *Ib.* §§ 2 et 3. — (5) *Ib.* §§ 4 et suiv., 11 et suiv. — (6) Cod. 9. 33. 1. const. Gordiani. — (7) « Et generaliter dicendum est, *ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem.* — Dig. 47. 8. 2. § 23. — (8) *Ibid.* § 13.

même, dans le cas de vol non manifeste, s'il a laissé expirer l'année sans agir.

S'il a intenté d'abord l'action *vi bonorum raptorum*, on ne lui donnera plus l'action *furti;* mais s'il a choisi d'abord celle-ci, il pourra encore exercer l'autre pour tout ce qu'elle contient de plus, au cas où elle est plus avantageuse (V. n° 1780) (1).

1742. Ce que nous avons dit de la condiction, de la vendication et de l'action *ad exhibendum* qui reviennent au propriétaire, s'applique également ici . sauf la modification qui résulte de ce que l'action *vi bonorum raptorum*, contenant aussi la persécution de la chose, ne peut être cumulée avec les autres quant à cet objet (2).

1743. Cette action, étant en partie pénale, ne se donne pas contre les héritiers du ravisseur; pas même pour le profit qui a pu leur parvenir du rapt : le préteur ayant pensé que la condiction suffirait contre eux, pour leur en faire tenir compte (3).

1. Quia tamen ita competit hæc actio, si dolo malo quisque rapuerit, qui, aliquo errore inductus, rem suam esse putans, et imprudens juris, eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt; sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

1. Cependant, comme cette action ne se donne que contre celui qui ravit à mauvais dessein, si quelqu'un ravit une chose s'en croyant, par erreur, propriétaire, et pensant, par ignorance du droit, qu'un propriétaire peut reprendre sa chose, même par violence, aux possesseurs, il devra être absous; et, par la même raison, on n'aura pas non plus, dans ce cas, l'action de vol. Mais de peur qu'en se couvrant de tels prétextes, les ravisseurs ne trouvent moyen d'exercer impunément leur avidité, les constitutions impériales ont amélioré la législation sur ce point, en décidant que personne ne pourrait ravir de force aucun objet meuble ou se mouvant lui-même, s'en crût-on même propriétaire; et les infractions à ces statuts sont punies par la perte de la propriété de la chose, si elle appartenait au ravisseur; sinon, après l'avoir restituée, il sera obligé d'en payer encore la valeur. Les constitutions ont déclaré ces règles applicables non-seulement dans le cas des choses mobilières, susceptibles d'être ravies, mais encore dans le cas d'envahissements d'immeubles, afin de prévenir ainsi toute espèce de rapt.

1744. Ce sont les peines établies par la constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (4), insérée au Code Justinien, contre ceux qui, se faisant justice à eux-mêmes, se

(1) Dig. 47. 8. 1. f. Paul. — (2) Ib. 2. § 26. — (3) Dig. 47. 8. 2. § 27. — (4) Cod. 8. 4. 7.

**remettraient violemment en possession de leurs choses, mobilières ou immobilieres.**

**II.** Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse; nam sive *in bonis sit*, sive non sit, *si tamen ex bonis sit*, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive pignorata, sive etiam deposita est apud Titium, sic ut intersit ejus eam rem non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit; sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat, vel quod aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, *ex quibus causis furti actio competit* in re clam facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

**2.** Il n'est pas nécessaire, à l'égard de cette action, que la chose fût *dans les biens* du demandeur; car qu'elle fût ou non dans ses biens, *si elle a été enlevée d'entre ses biens*, l'action a lieu. Par conséquent, soit qu'une chose ait été louée, prêtée ou donnée en gage à Titius, ou même en dépôt, mais de manière qu'il se trouve intéressé à ce qu'elle ne soit point ravie, par exemple s'il a promis de répondre à l'égard du dépôt même de sa faute; soit qu'il la possède de bonne foi, ou qu'il ait sur elle un droit d'usufruit, ou tout autre droit qui le rende intéressé à ce qu'elle ne soit pas ravie, il faut dire que l'action lui est dévolue, non pour lui faire donner la propriété, mais seulement ce qui a été enlevé d'entre ses biens, c'est-à-dire de sa fortune. Et généralement, on peut dire que *les mêmes causes qui vous attribueraient l'action de vol* à l'égard d'une chose soustraite clandestinement, vous attribueront aussi l'action dont il s'agit ici.

1745. *In bonis*. Nous savons, d'après ce que nous avons dit (tom. II, n° 307), quelle était la signification de ces expressions, avoir une chose *in bonis*. Ici, elles ont un sens plus général, et signifient qu'on est propriétaire.

*Si tamen ex bonis sit*. Notre texte et le jurisconsulte Ulpien, d'où ce texte est tiré, nous expliquent le sens des expressions qu'ils emploient ici. Il suffit, pour que j'aie droit à l'action *vi bonorum raptorum*, que la chose, quoiqu'elle ne fût pas dans mes biens (*in bonis*), c'est-à-dire dans ma propriété, ait été enlevée d'entre mes biens, « ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea rem ablatam esse. » L'idée d'enlèvement (*res ablata*) ne doit pas être séparée de l'expression *ex bonis*, qui la commande nécessairement; c'est-à-dire, il suffit que la chose se trouvât parmi mes biens, quoique n'en faisant pas partie, et qu'elle en ait été enlevée, pourvu que j'eusse un intérêt à ce que cet enlèvement n'eût pas lieu (*ut intersit mea non rapi*) : tels sont les cas du locataire, du commodataire, du gagiste, que le texte nous cite en exemples.

*Ex quibus causis furti actio competit*. Toutefois, on est encore plus facile pour donner l'action *vi bonorum raptorum*, que pour l'action *furti*; le moindre intérêt à ce que la chose ne fût pas enlevée d'entre nos biens, où elle se trouvait, suffit pour donner droit à la première de ces actions : « Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actio-

nem. » Ulpien cite en exemple le dépositaire qui n'a pas droit à l'action *furti*, et qui obtient l'action *vi bonorum raptorum* : « Et si cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem ; » et il donne pour motif de cette différence la gravité et la publicité du vol accompagné de violence, dans lequel il y a même lieu à une accusation criminelle publique (1).

| TITULUS III. | TITRE III. |
| --- | --- |
| DE LEGE AQUILIA. | DE LA LOI AQUILIA. |

1746. La loi Aquilia, selon ce que nous dit Ulpien, est un plébiscite qui fut adopté par les plébéiens, sur la proposition du tribun Aquilius, et qui dérogea à toutes les lois qui avaient parlé du dommage causé sans droit (*de damno injuria*), tant à celle des Douze Tables qu'aux autres (2). Théophile, dans sa paraphrase, en place l'origine à l'époque des dissensions entre les patriciens et les plébéiens, et de la retraite de ces derniers (3); ce qui doit se rapporter à la troisième retraite sur le mont Janicule, l'an 468 de Rome (*voir* tom. I, *Hist.*, n° 178).

La loi Aquilia contenait trois chefs, que nous allons examiner successivement.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam : cujus primo capite cautum est ut, si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

L'action du dommage causé injustement est établie par la loi Aquilia, dont le premier chef porte que celui qui aura tué injustement un esclave ou un quadrupède, de ceux qui sont au nombre des troupeaux appartenant à autrui, sera condamné à payer au propriétaire la plus grande valeur que la chose a eue dans l'année.

1747. Un fragment de Gaius, au Digeste, nous a conservé les termes mêmes de ce premier chef.

« Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel » pecudem, injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuerit, » tantum æs dare domino damnatus esto. »

Les jurisconsultes, et notre texte d'après eux, examinent successivement, sur ce chef de la loi Aquilia, de quels animaux il s'agit par ces expressions : *quadrupedem vel pecudem* ; de quel genre de dommage, par celles-ci : *injuria occiderit* ; et enfin de quelle réparation, par ces derniers termes : *quanti id in eo anno plurimi fuerit*, c'est-à-dire l'objet, le dommage et la réparation. Les détails que donne le texte nous laisseront peu à ajouter.

1. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet

1. La loi ne parle pas en général des quadrupèdes, mais de ceux-là seulement qui font partie des troupeaux;

(1) Toutes les explications et toutes les citations que nous venons de donner sont tirées du Dig. 47. 8. 2. §§ 22. 23 et 24. Fragment d'Ulpien. — (2) Dig. 9. 2. *Ad legem Aquiliam*. — (3) Théoph. § 15 de ce titre.

ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum quæ gregatim proprie pasci dicuntur : quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, capræ. De suibus quoque idem placuit; nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Martianus in suis Institutionibus refert :

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

ainsi elle ne s'applique ni aux animaux sauvages, ni aux chiens, mais seulement aux animaux desquels on dit spécialement qu'ils paissent en troupeau : tels que les chevaux, les mulets, les ânes, les brebis, les bœufs, les chèvres; il en est de même des porcs, car ils sont compris dans l'expression de bétail, puisqu'eux aussi paissent en troupeau. C'est ainsi qu'Homère a dit dans son Odyssée, comme le rapporte Ælius Martianus dans ses Instituts :

« On le voyait assis gardant ses porcs; ceux-ci erraient au pied du rocher de Korax et sur les bords de la fontaine Aréthuse. »

**II.** Injuria autem occidere intelligitur qui *nullo jure* occidit. Itaque *qui latronem occidit*, non tenetur : utique si aliter periculum effugere non potest.

**2.** Tuer injustement, c'est tuer *sans aucun droit*. Par conséquent, celui *qui a tué un voleur* n'est pas tenu de l'action, si toutefois il ne pouvait échapper autrement au péril.

**1748.** *Nullo jure.* Telle est la seule signification qu'il faille donner ici au mot *injuria*, c'est-à-dire sans droit, contrairement au droit (*in jus*) : c'est le sens propre du mot, tel que nous le donne son étymologie. Ainsi, il n'est pas nécessaire de considérer si celui qui a causé le dommage l'a fait avec intention ou sans intention de nuire; l'intention ici n'est pour rien; il faut considérer seulement s'il a agi dans son droit ou contrairement au droit, et, par conséquent, en faute. « Quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est si culpa quis occiderit (1). » Du reste, quelque légère que soit la faute, elle suffit pour qu'on soit tenu.

*Qui latronem occidit.* Le texte ajoute avec raison, s'il n'avait aucun autre moyen d'échapper au péril; car si, pouvant prendre le voleur, il a préféré le tuer, il a agi contrairement au droit (*injuria*); il est passible de la loi Aquilia (2). A cet exemple, on en peut ajouter d'autres : ainsi, celui qui repousse la force par la force n'est pas tenu; « vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt; » mais si, lançant une pierre ou un trait contre l'agresseur, il frappe et tue un esclave qui passait, il est tenu à cet égard; il en sera de même s'il tue l'agresseur non par la nécessité de se défendre, mais pour se venger (3).

**III.** Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

**3.** La loi Aquilia n'est pas applicable à celui qui a tué par accident, si toutefois il n'y a aucune faute de sa part, car autrement la loi Aquilia punit la faute non moins que le dol.

**IV.** Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam, si id

**4.** Par conséquent, si quelqu'un, jouant ou s'exerçant à lancer des javelots, a percé ton esclave qui passait, on

(1) Dig. 9. 2. 5. § 1. f. Ulp. — (2) Ib. 5. pr. — (3) Ib. 45. § 4. f. Paul.

a milite quidem in campo, eoque ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur : si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

distingue. Si l'accident est arrivé à un militaire dans le camp, ou dans un lieu destiné à ces exercices, on n'y peut voir aucune faute de sa part; un autre qu'un militaire serait en faute. Comme aussi le militaire lui-même, si l'accident lui est arrivé dans un lieu autre que celui destiné aux exercices de guerre.

1749. Ulpien cite, à ce propos, d'après le jurisconsulte Mela, un autre exemple singulier : si des personnes jouant à la paume, la paume, poussée violemment par l'une d'elles, vient frapper la main d'un barbier, pendant qu'il rasait un esclave, au moment où le rasoir était sur la gorge, et fait couper la gorge à l'esclave, à qui la faute? Au barbier, dit Proculus, s'il s'est mis à raser sur un lieu consacré ordinairement au jeu ou exposé à un passage fréquent; à moins qu'on ne puisse dire que c'est l'esclave qui a voulu se faire raser en cet endroit périlleux. Dans le cas contraire, la faute serait à celui qui a poussé la paume.

V. Item si putator, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit : si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque præclamavit ut casus evitari possit, culpæ reus est. Si præclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non præclamavit; quia eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

5. De même, en jetant une branche du haut d'un arbre, un bûcheron a tué ton esclave qui passait; s'il l'a fait près d'une voie publique ou vicinale, et qu'il n'ait pas crié pour qu'on pût se garantir de la chute, il est en faute; mais si le bûcheron a crié, et que l'esclave n'ait pas eu soin de se garer, le bûcheron est hors de faute. Il le serait également s'il coupait le bois loin de la voie publique, ou dans le milieu d'un champ, quand même il n'aurait pas crié; car, dans un pareil lieu, aucun étranger n'avait le droit de passer.

VI. Præterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.

6. Si un médecin, après avoir opéré ton esclave, abandonne le soin de sa cure, et que l'esclave en meure, il y a faute.

VII. Imperitia quoque culpæ annumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

7. L'impéritie est aussi comptée comme faute, par exemple, si un médecin a tué ton esclave pour l'avoir mal opéré, ou pour lui avoir mal à propos administré quelque médicament.

VIII. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque qui, cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

8. De même encore si un muletier, par impéritie, ne peut retenir ses mules qui s'emportent et qui écrasent ton esclave, il y a faute; si c'est par faiblesse qu'il n'a pu les retenir, tandis qu'un autre plus fort l'aurait pu, il y a également faute. Les mêmes décisions s'appliquent à celui qui, monté sur un cheval, n'a pu contenir sa fougue, soit par faiblesse, soit par impéritie.

IX. His autem verbis legis : QUANTI

9. Ces mots de la loi : LA PLUS GRANDE

IN EO ANNO PLURIMI FUERIT, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in heredes eam actionem non transire, quæ transitura fuisset si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

VALEUR QUE LA CHOSE A EUE DANS L'ANNÉE, signifient que si on a tué ton esclave qui était aujourd'hui boiteux ou manchot ou borgne, mais qui avait eu dans l'année l'intégrité de ses membres et un bon prix, on sera tenu non pas de sa valeur actuelle, mais de la plus haute valeur qu'il a eue dans cette année. D'où l'on a conclu que l'action de cette loi est pénale, parce qu'on n'y est pas tenu seulement du dommage qu'on a causé, mais quelquefois bien au delà. D'où il suit que cette action ne passe pas contre l'héritier, comme cela aurait eu lieu si la condamnation n'avait jamais dû dépasser le dommage.

1750. Il s'agit ici de l'année *avant* la perte de la chose, tandis que, dans le vol et dans l'enlèvement par violence, l'estimation se calcule sur la plus haute valeur *depuis* le délit. Dans ce dernier cas, c'est la véritable estimation du préjudice; car la chose aurait pu obtenir la même valeur dans les mains de celui à qui elle a été volée. Mais, dans le premier, nous voyons par le texte comment l'estimation peut dépasser le véritable préjudice; c'est en cela que consiste la peine.

**X.** Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea quæ diximus; sed eo amplius quidquid præterea perempto eo corpore damni nobis allatum fuerit : veluti, si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit quam jussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occisus, non solum occisi fit æstimatio; sed eo amplius id quoque computatur, *quanto depretiati sunt qui supersunt.*

**10.** Ceci a été décidé, *non pas d'après les termes de la loi, mais par interprétation*, qu'on doit faire estimation non-seulement du corps qui a péri, suivant ce que nous venons de dire, mais en outre de tout le dommage que sa perte nous a occasionné. Par exemple, si ton esclave, institué héritier, est tué par quelqu'un avant qu'il ait fait adition par ton ordre, il est constant qu'on devra tenir compte aussi de la perte de cette hérédité; de même si on a tué l'une des mules d'une paire, ou l'un des chevaux d'un quadrige, ou l'un des esclaves d'une troupe de comédiens, on n'estime pas seulement la chose perdue, mais on doit aussi faire entrer en compte *la dépréciation de ce qui reste.*

1751. *Non ex verbis legis, sed ex interpretatione.* Remarquons bien que la règle, qu'il faut ici, comme dans le vol, tenir compte non-seulement de la valeur corporelle de la chose, mais de sa valeur relative, et des accessoires qui peuvent l'augmenter, n'est pas dans le texte même de la loi Aquilia, mais vient de l'interprétation des prudents.

*Quanti depretiati sunt qui supersunt.* En conséquence, on estimera ce qu'ils valaient avant, quand ils étaient tous réunis; ce que valent ceux qui restent depuis la perte : la différence sera l'estimation du dommage occasionné par cette perte.

**XI.** Liberum est autem ei cujus servus occisus fuerit, et judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, et capitalis criminis reum facere.

**11.** Du reste celui dont l'esclave a été tué est libre de poursuivre par action privée l'indemnité de la loi Aquilia, et de porter une accusation capitale contre le meurtrier.

1752. Ainsi, il ne faut pas croire que le meurtre d'un esclave ne fût puni par les Romains que d'une réparation pécuniaire, comme celui d'une bête de somme. L'action de la loi *Aquilia* était relative à l'indemnité civile seulement ; mais le maître avait aussi contre le meurtrier, du moins sous l'Empire, l'accusation criminelle de la loi *Cornelia*, qui punit le meurtre d'une peine publique. Et même, la première intentée ne faisait pas préjudice à l'autre (1). « Ex morte ancillæ, quam cæsam conquestus est, tam legis Aquiliæ damni sarciendi gratia actionem, quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere tibi posse non ambigitur, » a dit dans un rescrit l'empereur Gordien (2).

**XII.** Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

**12.** Le second chef de la loi Aquilia n'est plus en usage.

1753. Ce second chef, qui était resté inconnu jusqu'à nos jours, et sur lequel les interprètes avaient fait d'inutiles conjectures, nous a été révélé par la découverte du manuscrit de Gaius. Il établissait contre l'adstipulateur qui aurait libéré le débiteur par acceptilation et éteint ainsi la créance en fraude du stipulateur, une action pour toute la valeur du préjudice (*quanti ea res esset*) (3). Nous avons vu ci-dessus ce que c'était que l'adstipulateur (n$^{os}$ 1378 et suivants), et l'acceptilation (n° 1684). Nous pouvons comprendre par là comment l'adstipulateur avait en sa puissance de détruire, de faire périr la créance, au préjudice du stipulateur à qui elle appartenait réellement. C'était cette perte que le second chef de la loi Aquilia avait pour but de faire réparer. Ainsi, par le premier chef, la loi avait fait réparer le dommage causé à tort par la mort, par la destruction des esclaves ou des animaux les plus utiles, ceux qui paissent en troupeaux ; par le second chef, elle avait prévu la destruction des droits de créance d'un usage le plus fréquent, ceux de stipulation. Le premier chef était relatif à la perte entière de certaines choses corporelles ; le second chef à la perte entière de certaines choses incorporelles. Nous allons voir, par le troisième chef, qu'il complétait cette prévoyance, en s'occupant de la perte des objets autres que ceux déjà prévus par les premiers chefs, ou des lésions, des détériorations occasionnées aux uns ou aux autres.

Du reste, indépendamment de l'action de la loi Aquilia, le stipulateur ne serait pas resté désarmé contre l'adstipulateur qui aurait détruit la créance en fraude de ses droits. Il aurait eu

(1) Dig. 9. 2. 23. § 9. f. Ulp. — (2) Cod. 3. 35. 3. — (3) Gai. 3. § 215.

contre lui l'action de mandat (*actio mandati*), puisqu'il avait été infidèle à son mandat, et cette action aurait suffi, nous dit Gaius, pour remplir le but, si ce n'est que l'action de la loi Aquilia offrait, comme nous le verrons, un avantage de plus pour prévenir ou pour punir les contestations de la part de celui qui y était soumis (1).

Mais l'emploi des adstipulateurs étant tombé en désuétude, et Justinien l'ayant totalement rendu inutile, le second chef de la loi Aquilia dut, en même temps, passer hors d'usage.

**XIII.** Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque, si quis servum vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur : quanquam potuerit soli rupti appellatio in omnes istas causas sufficere : ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta, aut fracta, sed etiam scissa et collisa, et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.

**13.** Le troisième chef pourvoit à toute autre espèce de dommage. Ainsi, qu'un esclave ou un quadrupède de ceux qui paissent en troupeaux ait été blessé, ou bien qu'un quadrupède non compris dans cette classe, tel qu'un chien ou une bête sauvage, ait été blessé ou tué, ce troisième chef établit une action. Il réprime également le dommage causé injustement sur tous autres animaux et sur toutes choses inanimées; en effet ce chef établit une action pour tout ce qui serait brûlé, ou rompu, ou fracturé; quoique le mot rompu (*ruptum*) eût pu suffire pour désigner à lui seul tous ces cas, car il signifie ce qui a été, par quelque moyen que ce soit, corrompu (*corruptum*). D'où il suit que dans ce mot on ne doit pas seulement entendre brisé, brûlé; mais encore séparé, fendu, répandu, en un mot perdu ou détérioré par toute autre cause. Enfin on a répondu que celui qui mêlerait au vin ou à l'huile d'autrui des substances propres à en détériorer la bonté naturelle, serait passible de cette partie de la loi.

1754. Voici les termes de ce troisième chef, qui nous ont été conservés par un fragment d'Ulpien inséré au Digeste : « Cæterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum facit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnatus esto. »

**XIV.** Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite *ex dolo aut culpa* de cætero damno quemque teneri. Hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus

**14.** Il est évident que, de même qu'on n'est tenu, dans le premier chef, de la mort de l'esclave ou du quadrupède qu'autant qu'on les a tués par dol ou par faute; de même, dans ce troisième chef, on est tenu de tout autre dommage *lorsqu'il y a dol ou faute.*

(1) Ci-dessous, Instit. liv. 4, tit. 16, § 1.

triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.

Mais ici, l'obligation de celui qui a fait le dommage est de la plus haute valeur de la chose, non pas dans l'année, mais dans les trente derniers jours.

1755. *Ex dolo aut culpa.* En effet, le troisième chef reproduit les expressions du premier, *injuria;* il faut toujours que le dommage ait été occasionné contrairement au droit. Mais si on a agi sans aucune faute et conformément au droit, on n'est pas tenu : tel est, par exemple, le cas de celui qui, pour arrêter l'incendie, coupe les murs de la maison voisine (1); ou des nautoniers qui, lorsque leur navire poussé par la violence des vents, s'est engagé dans les câbles d'un autre navire, coupent les câbles, si toutefois il n'y a aucun autre moyen de sortir du péril (2).

**XV.** At ne PLURIMI quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adjectum fuisset; nam plebem Romanam quæ, Aquilio tribuno rogante, hanc legem tulit, contentam fuisse quod prima parte eo verbo usa esset.

**15.** Le mot PLURIMI (la plus grande) n'a pas même été ajouté ici. Mais Sabinus a pensé avec raison qu'on doit faire l'estimation, comme si ce mot était dans la loi, parce que les plébéiens qui ont établi cette loi, sur la proposition du tribun Aquilius, ont jugé suffisant d'avoir employé ce mot dans la première partie.

1756. En effet, la seule lecture du texte de la loi que nous avons rapporté, démontre évidemment que l'expression *plurimi* est sous-entendue.

**XVI.** Cæterum, placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse, *si quis præcipue corpore suo damnum dederit;* ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent : veluti, si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo, aut mortuus aut aliqua parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit : ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit; cum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum

**16.** Du reste, l'action directe de cette loi n'a lieu que *si quelqu'un a, de son propre corps, causé le dommage* : en conséquence, contre celui qui le cause d'une autre manière, on a coutume de donner des actions utiles. Par exemple, si quelqu'un a enfermé un esclave ou quelque bétail de manière à le faire périr de faim, s'il a pressé son cheval si violemment que le cheval en a crevé; ou s'il a tellement effarouché quelque animal du troupeau, que l'animal s'est jeté dans un précipice ; ou s'il a persuadé à l'esclave d'autrui de monter sur un arbre ou de descendre dans un puits, et qu'en montant ou en descendant l'esclave se soit tué ou lésé en quelque partie du corps : on aura contre cet homme l'action utile. Mais si quelqu'un, du haut d'un pont ou du rivage, a précipité dans le fleuve l'esclave d'autrui qui s'y est noyé : comme il l'a précipité, il ne doit y avoir aucune difficulté à décider qu'il a causé le dommage par son corps, et par conséquent, il est

(1) Dig. 9. 2. 49. § 1. f. Ulp. D'après Celse. — (2) Ib. 29. § 3. f. Ulp. D'après Labéon.

**qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri : veluti, si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.**

**passible de la loi Aquilia elle-même; mais si on n'a ni causé le dommage par son propre corps, ni lésé aucun corps, mais qu'on ait de toute autre manière fait préjudice à autrui, l'action directe comme l'action utile de la loi Aquilia étant inapplicable, on accorde contre le coupable une action *in factum* : par exemple, si quelqu'un, par compassion, avait dégagé de ses fers l'esclave d'autrui pour qu'il pût fuir.**

1757. Il faut bien distinguer les trois actions différentes dont nous parle ici le texte : 1° l'action directe de la loi Aquilia, appelée aussi, purement et simplement, l'action de la loi Aquilia; 2° l'action utile (*utilis Aquiliæ*); 3° enfin l'action *in factum*. — Dans tous les cas, il faut supposer un fait actif. Un fait purement négatif, tel que le refus de soigner un malade, est tout à fait en dehors des prévisions de la loi Aquilia. Aussi avons-nous vu que le médecin ne peut être poursuivi qu'au cas d'abandon (*qui reliquerit curationem*).

Pour qu'il y ait lieu à l'action directe de la loi Aquilia, c'est-à-dire à celle qui vient directement de la loi, il faut, pour nous servir des expressions des jurisconsultes, que le dommage ait été fait *corpore corpori*. — *Corpore*, c'est-à-dire, selon notre texte, *si quis præcipue corpore suo damnum dederit*, si quelqu'un a causé corporellement le dommage, soit en frappant la personne ou la chose de ses mains, de ses pieds ou de toute autre partie du corps; soit en dirigeant contre elle le glaive, le trait, l'arme ou l'instrument quelconque qui l'a endommagée (1). Mais s'il n'a fait que produire l'occasion, la cause de la mort ou du dommage, sans produire corporellement le dommage lui-même (*si causam mortis præstiterit; — causam mortis præbuit*), dans ce cas, on n'est plus dans les termes directs de la loi : il n'y a plus lieu à l'action directe. Les exemples donnés par le texte font comprendre suffisamment cette distinction dans laquelle, il faut l'avouer, il y a plus de subtilité que de bonnes raisons — Il faut, de plus, que le dommage ait été causé *corpori*, à un corps; c'est-à-dire, comme l'exprime encore notre texte : *si corpus læsum fuerit*. Si on a nui à quelqu'un, sans détruire ni endommager aucune personne ou aucune chose à lui appartenante, par exemple si on a détaché son esclave enchaîné, afin qu'il pût prendre la fuite, ce qui n'a nullement lésé, endommagé le corps de cet esclave, et qui pourtant en a privé le maître, il n'y a pas lieu non plus a l'action directe.

1758. Dans le premier de ces deux cas, c'est-à-dire lorsqu'on a produit la cause du dommage, sans produire corporellement le dommage même, la distinction est plus subtile que fondée en bonnes raisons. Aussi les jurisconsultes, tout en convenant qu'on

(1) Dig. 9. 2. 7. § 1. f. Ulp. — 9. pr. et § 1. — 11. § 5. — 29. § 2.

n'était pas dans les termes directs de la loi Aquilia, donnaient-ils pour ce cas l'action utile, c'est-à-dire introduite par interprétation, à l'exemple de celle de la loi, et procurant, par la manière dont elle était rédigée par le préteur, les mêmes résultats.

1759. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a aucun corps qui ait été détruit, dégradé ou endommagé, on est vraiment en dehors de l'esprit aussi bien que des termes de la loi Aquilia. Ce n'est plus, ni directement ni indirectement, l'espèce de dommage que cette loi a voulu prévoir. Alors, si le fait ne rentre dans aucun de ceux qui ont été l'objet d'une action spéciale, telle que l'action de vol, de corruption d'esclave, on donne l'action générale *in factum* (dont la formule est conçue en fait), qui suppléait, comme nous le verrons plus tard, aux cas imprévus dans lesquels il n'y a pas d'action particulière et dénommée (1), mais qui n'avait plus le caractère pénal de la loi Aquilia (V. cependant Gaius, tom. III, § 202).

1760. L'action directe de la loi Aquilia se donne au propriétaire de la chose détruite ou endommagée (2). Mais le possesseur de bonne foi, l'usufruitier, le créancier gagiste, peuvent obtenir l'action utile (3).

1761. Si le dommage a été causé corporellement par plusieurs agissant de concert, ils sont tous tenus de l'action de la loi Aquilia, et la condamnation subie par l'un ne libère pas les autres, puisque l'action est pénale (4). Par la même raison, cette action ne passe pas contre les héritiers, qui ne sont tenus que jusqu'à concurrence de ce dont le dommage a pu les enrichir (5).

1762. Elle a cela de particulier, qu'en cas de dénégation et de contestation de la part du coupable, la condamnation se double contre lui, aux termes mêmes de la loi Aquilia : « *adversus inficiantem in duplum actio est* (6). »

1763. Enfin, il peut arriver que, indépendamment de l'action de la loi Aquilia, le propriétaire de la chose ait, contre celui qui l'a endommagée, quelque autre action provenant, par exemple, d'un contrat civil, comme l'action de gage, de dépôt, de commodat, de louage, de société, si celui qui a endommagé la chose est un gagiste, un dépositaire, un commodataire, un locataire, un associé. Dans ce cas, c'est au propriétaire à choisir entre les actions qui lui sont ouvertes; mais le choix de l'une emporte destitution de l'autre (7). Toutefois, il pourra, malgré le choix de

(1) Voir plus bas, tit. 6, n° 1977, not. 3, ce que nous dirons de cette action *in factum*, et de l'action utile de la loi AQUILIA, qui, elle-même, est nommée *actio utilis in factum ex lege Aquilia*, et quelquefois seulement *actio in factum*, le préteur pouvant la rédiger, comme il avait coutume de le faire pour les actions utiles, soit sous la forme d'une action fictice, soit sous celle d'une action *in factum*. — (2) DIG. 9. 2. 11. §§ 6 et 9. f Ulp. — (3) *Ib*. §§ 8 et 10. — (4) *Ib*. § 2. — (5) *Ib*. 23. § 8. — (6) *Ib*. 2. § 1. f. Gai. — (7) DIG. 9. 2. 7. § 8. f. Ulp.; 18. f. Paul.; et 27. § 11. f. Ulp.

l'action civile, agir encore par l'action de la loi Aquilia, pour le surplus que contenait cette action (Comp. n° 1780) (1).

## TITULUS IV.

### DE INJURIIS.

Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit. Specialiter, alias contumelia quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum *injuriæ* accipitur, alias iniquitas et injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. Cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

## TITRE IV.

### DES INJURES.

*Injuria*, dans son acception générale, signifie tout acte contre le droit; dans un sens spécial, il veut dire tantôt outrage, qui vient du mot outrager, ὕβριν chez les Grecs; tantôt faute, en grec ἀδίκημα, comme dans la loi Aquilia, lorsqu'on dit dommage causé *injuria*. D'autres fois enfin il est pris dans le sens d'iniquité, injustice, que les Grecs nomment ἀδικίαν. En effet, on dit de celui contre lequel le préteur ou le juge ont prononcé une sentence injuste, qu'il a souffert *injuriam*.

1764. Remarquons les diverses acceptions du mot *injuria*. D'abord le sens propre et général : tout ce qui est contraire au droit, *omne quod non jure fit*. En outre, plusieurs acceptions particulières : 1° la faute qui cause à autrui un dommage, comme dans la loi Aquilia; 2° l'injustice, l'iniquité du juge qui prononce contrairement au droit; 3° enfin l'outrage, l'affront (*contumelia*, du verbe *contemnere*, mépriser, outrager). C'est en ce sens spécial que le mot est pris dans notre langue, et dans l'action d'injures dont il s'agit ici.

I. Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit; sed et si cui *convitium factum fuerit*, sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matrem familias aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit; sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.

I. On commet une injure, non-seulement en frappant quelqu'un de coups de poing, de verges, ou de tous autres; mais encore *en faisant faire émeute autour de lui*, en prenant possession de ses biens, se prétendant son créancier et sachant bien qu'il ne doit rien; en écrivant, composant, publiant un libelle ou des vers diffamants, ou en faisant faire méchamment une de ces choses; en s'attachant à suivre une mère de famille, un jeune homme ou une jeune fille; en attentant à la pudeur de quelqu'un, et enfin par une foule d'autres actions.

1765. L'injure, dit Labéon, peut avoir lieu ou par des faits ou par des paroles (*aut re, aut verbis*) (2). Aux exemples que donne le texte on en pourrait ajouter une foule d'autres qui se trouvent rapportés dans les fragments des divers jurisconsultes; par exemple, si on arrête sciemment un homme libre, en le traitant d'esclave fugitif (3). Si, dans le but d'attirer l'infamie sur des

---

(1) Dig. 44. 7. 34. § 2. f. Paul. — (2) Dig. 47. 10. 1. § 7. — (3) *Ib.* 22. f. Ulp.

hommes qu'on sait libres, on les dit esclaves (1), ou on les vendique en servitude (2); si, pour insulter quelqu'un, on l'interpelle comme son débiteur, quoiqu'il ne le soit pas (3); si, dans le même but, on le traduit devant un tribunal (4); si par quelque médicament, par quelque drogue ou tout autre moyen, on trouble la raison d'une personne (*mentem alicujus alienaverit*) (5); si on empêche quelqu'un d'user, de se servir d'une chose publique ou commune : par exemple, de pêcher dans la mer; de passer sur la voie; de se promener, de s'asseoir, de converser sur la place publique (6); si on insulte à un cadavre, à un convoi funèbre (7); si on brise, si on mutile à coups de pierres, la statue de votre père placée sur son monument (8); et tant d'autres exemples encore.

Mais, dans tous ces cas, il n'y a jamais injure sans l'intention, sans la volonté d'outrager, d'injurier : « cum enim injuria ex affectu facientis consistat (9), » et personne ne peut commettre une injure sans savoir qu'il la commet : « injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere (10). » Par exemple, si quelqu'un vous frappe dans un jeu ou dans un combat; s'il frappe un homme libre, croyant que c'est son esclave; si le coup de poing qu'il lance contre son esclave tombe sur vous, qui vous trouvez à ses côtés, il n'y a pas d'injure (11). On en conclut que le fou, le furieux, l'impubère qui n'est pas encore *doli capax*, ne peuvent pas faire d'injure, quoiqu'ils puissent en souffrir, car il n'est pas nécessaire, pour qu'on ait été injurié, qu'on ait pu le sentir (*Pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest*) (12).

1766. Il nous reste à donner quelques explications sur certaines expressions de notre texte.

*Convitium factum fuerit.* Ce sont les injures patentes, les clameurs dont on apostrophe quelqu'un à haute voix, de manière à causer un scandale public et à ameuter la foule autour de lui. « Convitium autem dicitur, vel a concitatione, vel a conventu, hoc « est, a collatione vocum (13) : » ce qui peut avoir lieu même contre un absent, par exemple, si on ameute la foule autour de sa maison, par les vociférations dont on vient l'y assaillir (14). Que les vociférations soient prononcées par un seul ou par plusieurs, peu importe; si elles ont lieu de manière à faire émeute, il y a *convitium;* mais hors ce cas, les injures verbales ne rentrent pas dans cette dénomination.

*Matrem familias :* ce qui signifie toute femme de mœurs honorables (eam quæ non inhoneste vixit; matrem enim familias

---

(1) Cod. 9. 35. 9. — (2) Dig. 47. 10. 11. § 9. f. Ulp.; et 12. f. Gai. — (3) *Ib.* 15. § 33. — (4) *Ib.* 13. § 3. — (5) *Ib.* 15. pr. — (6) *Ib.* 13. § 7. — (7) *Ib.* 1. § 4 et 6. — (8) *Ib.* 27. — (9) *Ib.* 3. § 1. — (10) *Ib.* § 2. — (11) Dig. 47. 10. 3. §§ 3 et 4. f. Ulp. — 4. f. Paul. — (12) *Ib.* 3. §§ 1 et 2. — (13) *Ib.* 1. § 1. — 15. § 4. f. Ulp. — Telle est aussi l'explication de Théophile dans sa paraphrase. — Voy. Paul. Sent. 5. 4. § 21. — (14) 47. 10. 15. § 7. f. Ulp.

a cæteris feminis mores discernunt atque separant); mariée ou veuve, ingénue ou affranchie (1).

*Prætextatum, prætextatam.* Le jeune enfant ou la jeune fille couverts encore de la robe prétexte, qu'on ne quittait ordinairement qu'à l'âge de puberté.

*Adsectatus fuerit.* Ulpien nous donne le sens de ces mots : « Adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur, » celui qui s'attache à suivre assidûment les pas d'une personne, même en silence, « assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam (2) ». — Il serait également passible de l'action d'injures pour les avoir appelées (*si quis virgines appellasset*); c'est-à-dire invitées, provoquées par des paroles caressantes : « Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare (3); » — ou pour les avoir séparées de la personne qui est chargée de les accompagner (*vel eis comitem abduxit*) (4). — Il faut remarquer que si des femmes sortaient portant des vêtements d'esclaves ou de personnes de mauvaise vie, celui qui leur ferait de pareilles injures serait considéré comme bien moins coupable (*minus peccare videtur* (5).

*Pudicitia attentata,* expressions dont Paul nous définit le sens : « Adtentari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico « impudicus fiat (6). »

II. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; item per uxorem suam : id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem, si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed et *socer, nurus nomine cujus vir in ejus potestate est,* injuriarum agere potest.

2. On reçoit une injure non-seulement par soi-même, mais encore par les enfants qu'on a sous sa puissance, et même par son épouse, car cet avis a prévalu. Si donc vous injuriez une fille en puissance de son père et mariée à Titius, l'action d'injures pourra être exercée contre vous, non-seulement au nom de la fille, mais encore au nom de son père et de son mari. En sens inverse, si une injure a été faite au mari, la femme ne peut exercer l'action. La justice constitue le mari défenseur de sa femme, mais non la femme de son mari. Le beau-père peut également poursuivre l'injure faite *à sa bru dont le mari est sous sa puissance.*

1767. Ulpien résume en ces mots les principes de ce paragraphe : « Aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas. Per » semet, cum directo ipsi; per alias, cum per consequentias fit; » cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive : spectat » enim ad nos injuria, quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, » vel affectui subjecti sunt (7). »

Il faut remarquer qu'à l'égard des enfants, ce n'est que lorsqu'ils

(1) Dig. 50. 16. 46. § 1. f. Ulp. — (2) Dig. 47. 10. 15. § 22. — (3) *Ib.* §§ 15 et 20. — (4) *Ib.* §§ 15 à 19. — (5) *Ib.* § 15. — (6) Dig. 47. 10 10. f. Paul. — (7) *Ib.* 1. § 3.

sont sous la puissance paternelle, que l'injure qui leur est faite est aussi une injure faite au père, au chef de famille; mais s'il s'agissait d'enfants hors puissance, par exemple, d'enfants émancipés, l'injure qui leur serait faite resterait étrangère au père.

A l'égard de la femme, *uxor*, il n'en est pas de même : il n'est pas nécessaire qu'elle soit *in manu viri*, pour que le mari se trouve personnellement injurié par l'injure qui lui est adressée. Le droit naturel du mari et l'obligation de protection qu'il a envers elle suffisent pour l'identifier avec elle et avec toute injure qui lui serait faite, quoiqu'il ne l'ait pas en sa puissance (*in manu*). Tel est l'avis qui a prévalu (*id enim magis prævaluit*) (1).—Et même on étendait ce droit au fiancé, pour les injures faites à sa fiancée (2).

1768. Remarquons bien que, dans tous ces cas, où une personne se trouve injuriée par l'injure faite à une autre, les injures ni les actions ne se confondent entre elles. Il y a autant d'injures et autant d'actions différentes que de personnes injuriées. Ainsi, pour l'injure faite au fils de famille, il y aura deux actions : l'une au nom du fils qui a été directement injurié; l'autre au nom du père qui l'a été dans la personne de son fils. De même, dans le cas d'une injure faite à une femme qui a été mariée sans entrer *in manu viri*, et par conséquent sans sortir de la puissance paternelle, il y a trois personnes injuriées : la femme, son père chef de famille, et son mari, et dès lors trois actions.

*Socer, nurus nomine cujus vir in ejus potestate est.* Dans ce cas particulier, il y a même quatre personnes injuriées : la femme, son père chef de famille, son mari, et le père chef de famille de ce dernier, qui se trouve aussi injurié, puisque son fils de famille l'a été.

1769. Quoique ces actions d'injures soient distinctes et séparées, cependant la même personne est souvent chargée d'en exercer plusieurs. Ainsi les fils de famille ne pouvant pas ordinairement agir par eux-mêmes en justice, c'est le père qui exerce les deux actions, l'une de son chef, l'autre au nom de son fils. « Pater » cujus filio facta est injuria, non est impediendus quominus » duobus judiciis, et suam injuriam persequatur, et filii (3). »

Cependant quelquefois, dans certains cas exceptionnels, le préteur permet aux fils de famille d'exercer eux-mêmes les actions d'injures qui les concernent : par exemple, si celui au pouvoir duquel ils sont se trouve absent et sans procureur (4).

1770. Ces actions sont tellement distinctes, que, quoiqu'il s'agisse du même fait injurieux, l'estimation de la condamnation ne doit pas être la même dans toutes. En effet, nous verrons que cette estimation doit se baser sur la considération, la dignité de la

(1) V. Gai. 3. §§ 221 et 222. Le texte de Gaius suppose la femme *in manu*, mais il doit être incomplet. — (2) Dig. 7. 10. 15. § 24. f. Ulp. — (3) Dig. 47. 10 41. f. Nerat. — (4) *Ib.* 17. §§ 10 et suiv.

personne offensée : elle pourra donc être différente à l'égard du fils, du père, de la femme ou du mari. « Cum utrique, tam filio » quam patri, adquisita actio sit : non eadem utique facienda » æstimatio est; — cum possit propter filii dignitatem major ipsi » quam patri injuria facta esse (1). »

III. Servis autem ipsis quidem *nulla injuria fieri intelligitur*, sed domino per eos fieri videtur : non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.

3. *On n'admet pas, à proprement parler, d'injure personnelle contre les esclaves;* mais c'est leur maître qui, par eux, est censé injurié; non pas toutefois comme par ses enfants ou par son épouse; mais seulement lorsque les faits sont tellement graves qu'ils emportent évidemment outrage pour le maître. Par exemple, on accordera l'action contre celui qui aura battu de verges l'esclave d'autrui. Mais pour l'avoir rendu l'objet d'un rassemblement, pour lui avoir donné un coup de poing, le maître n'aura aucune action contre vous.

1771. *Nulla injuria fieri intelligitur*. Ainsi, d'après le droit civil rigoureux, il n'y a jamais aucune injure quant à la personne de l'esclave. Le maître seul pourra se trouver injurié dans son esclave, et encore faudra-t-il pour cela que le fait, d'après sa nature et d'après l'intention de celui qui l'a commis, ait été dirigé contre lui. Dans ce cas, le maître aura, non pas une double action, l'une pour son esclave, l'autre pour lui, mais une seule action en son propre nom. Cependant le prêteur ne voulut pas laisser toujours impunies les injures qui seraient faites à l'esclave seul, sans intention d'offenser le maître (*ipsi servo facta injuria, inulta a prætore relinqui non debet*). Il établit donc textuellement dans son édit une action d'injure prétorienne, qu'il donnait de plein droit, si l'esclave avait été frappé ou soumis à la question sans l'ordre du maître (*injussu domini*); et seulement en connaissance de cause (*causa cognita*), pour les autres faits qui pouvaient avoir moins de gravité (2). Dans cette connaissance de cause, comme aussi pour fixer le montant de la condamnation à raison de l'injure faite à l'esclave, on avait égard à la personne et à l'emploi même de cet esclave, selon les distinctions que nous avons indiquées (tom. II, n° 47) (3). Du reste, cette action prétorienne, quoique donnée pour l'injure faite à la personne de l'esclave, appartient toujours à son maître (4).

IV. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona : quia ipsis fit injuria.

4. S'il a été fait injure à un esclave commun, l'équité veut que l'estimation en soit faite non d'après la part que chacun a dans la propriété, mais en raison de la personne des maîtres; car ce sont eux qui sont injuriés.

(1) *Ib.* 30 et 31. — (2) Dig. 47. 10. 15. §§ 34 et suiv. — (3) *Ib.* § 44. — (4) *Ib.* § 48

1772. Il s'agit ici du cas où les copropriétaires de l'esclave agissent en leur propre nom, pour une injure qui a rejailli personnellement sur eux. Car s'il s'agissait de l'action prétorienne dont nous venons de parler au paragraphe précédent, relative à l'injure de l'esclave, le bénéfice de l'action devrait se diviser entre les maîtres proportionnellement à leur part de propriété.

V. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, *magis Mævio* injuria fieri intelligitur.

5. Si Titius a l'usufruit et Mævius la propriété de l'esclave, l'injure sera *plutôt censée faite à Mævius*.

1773. *Magis Mævio*. A moins qu'il ne résulte des faits et de l'intention de celui qui a commis l'injure, qu'elle était dirigée contre l'usufruitier de l'esclave, et non contre le propriétaire (1). Il en est de même à l'égard du possesseur de bonne foi, comme l'expose le paragraphe suivant. — Mais, dans tous les cas, l'action prétorienne pour l'injure faite à l'esclave même n'appartient jamais qu'au propriétaire.

VI. Sed si libero qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur; sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit : tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est et in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

6. Si l'injure a été faite à un homme libre qui te sert de bonne foi, tu n'auras aucune action, mais lui-même pourra agir en son nom, à moins que ce ne soit pour t'outrager qu'on l'ait insulté; car, en ce cas, tu as aussi l'action d'*injures*. Même décision à l'égard de l'esclave d'autrui qui te sert de bonne foi; on ne doit t'accorder l'action d'*injures* qu'autant que l'injure a été faite en mépris de toi.

VII. Pœna autem injuriarum, ex lege Duodecim Tabularum, propter membrum quidem ruptum talio erat : propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt, eam æstimare : ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ quæ ex lege Duodecim Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ : qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.

7. La peine des injures, suivant la loi des Douze Tables, était, pour un membre rompu, le talion; pour un os fracturé, des amendes pécuniaires, en proportion de la grande pauvreté des anciens. Mais dans la suite, les preteurs permettaient à ceux qui avaient reçu l'injure d'en faire eux-mêmes l'estimation, afin que le juge condamnât le coupable à payer toute cette somme estimée par l'offensé, ou une moindre, selon qu'il lui paraîtrait convenable. La peine des injures fixée par la loi des Douze Tables est tombée en désuétude; celle, au contraire, introduite par les préteurs, et nommée aussi honoraire, est suivie en justice; car, suivant le rang de dignité et la consideration morale de la personne injuriée, l'estimation de l'injure est plus ou moins élevée; et cette gradation dans la condamnation s'observe avec raison à l'egard même des esclaves; de telle sorte que l'evalua-

(1) Dig. 47. 10. 15. § 48.

tion soit autre pour un esclave intendant, autre pour celui d'un emploi de moyenne classe, autre enfin pour ceux du dernier rang ou mis aux fers.

1774. Paul nous dit dans ses Sentences que l'action d'injures a été introduite ou par la loi ou par les usages, ou par un droit mixte (*aut lege, aut more, aut mixto jure*). Par la loi, c'est-à-dire la loi des Douze Tables, *de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*. Par les usages, Paul entend les dispositions introduites par le droit prétorien, d'après les usages qui survinrent. Enfin, par le droit mixte, il fait allusion à la loi CORNELIA (1).

Nous avons déjà rapporté (tom. I, *Hist.*, tab. 8, p. 110), les fragments des Douze Tables qui nous sont parvenus, relatifs à la peine contre les injures, les fractures et les vers ou les libelles infamants.

Quant à l'édit du préteur, les fragments d'Ulpien insérés au Digeste nous en ont conservé la plupart des dispositions, et nous les croyons assez curieux pour les rapporter ici en note (2).

Enfin, quant à la loi Cornelia, il en est question au paragraphe suivant.

**VIII.** Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur et injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit.

**8.** Mais, en outre, la loi Cornelia traite des injures, et elle a introduit une action d'injures pour les cas où quelqu'un se plaint qu'on l'ait poussé, frappé, ou qu'on soit entré de force dans sa maison. Par sa maison, on entend la maison qu'on habite, soit qu'on en soit proprietaire ou locataire, soit qu'on y ait été reçu gratuitement ou par hospitalité.

1775. On considère généralement cette loi CORNELIA comme

---

(1) PAUL. Sent. 5. 4. § 6. — (2) « Qui adversus bonos mores convitium cui fecisse, cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convitium fieret, in eum judicium dabo.

» Ne quid infamandi causa fiat : si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam.

» Si ei qui in aliena potestate erit injuria facta esse dicetur, et neque is cujus in potestate est præsens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, ipsi qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.

» Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse injussu domini, quæstionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo. Item, si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita judicium dabo. » (DIG. 47. 10. 15. §§ 2 et 25. f. Ulp. — 17. § 10. f. Ulp. 15. § 34.)

*L'Edit paraît aussi avoir contenu des dispositions analogues à celles-ci :* « Si quis contra bonos mores feminam, prætextatum prætextatamve appellaverit, assectatusve fuerit, vel ejus comitem subduxerit, judicium dabo. » *Mais ces dispositions ne nous sont pas parvenues textuellement.*

*Enfin, cet autre texte en faisait partie :* « Qui agit injuriarum, certum dicat quid injuriæ factum sit (DIG. 47. 10. 7. pr. f. Ulp.); et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit. » *Collat. legum Mosaicar. hoc. tit.* § 6.)

une loi particulière, relative spécialement aux injures. Cependant, il est plus probable qu'elle n'est autre que la loi CORNELIA *de Sicariis*, dont nous avons déjà parlé dans l'*Histoire du droit* (t. I, n° 293), qui fut portée sous la dictature de Cornélius Sylla, et qui, quoique relative principalement aux meurtres, statuait aussi accessoirement sur certaines injures violentes. « La loi Cornelia, dit Théophile, n'eut garde de passer sous silence les injures. » Les cas pour lesquels elle donnait action sont au nombre de trois seulement : pour avoir été poussé, frappé, et pour violation de domicile : « Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem : quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit (1). »

IX. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si qui ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris, injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis vel libertis. Aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patri familias an filio familias talis injuria facta sit : nam et hæc atrox æstimabitur.

9. L'injure est réputée atroce, soit par le fait : si, par exemple, quelqu'un a été blessé ou frappé de verges; soit par le lieu : si, par exemple, c'est au théâtre, au forum, ou au prétoire, qu'il a été injurié; soit par la personne : si, par exemple, l'injure a été faite à un magistrat, ou bien à un sénateur par une personne de basse condition, à un ascendant ou à un patron par ses enfants ou ses affranchis. En effet, l'injure faite à un sénateur, à un père, à un patron, s'estime autrement que celle faite à un homme de basse condition et à un étranger. Quelquefois c'est la place de la blessure qui rend l'injure atroce : par exemple, si on a été frappé à l'œil. Peu importe qu'une telle injure ait été faite à un père ou à un fils de famille : elle n'en est pas moins réputée atroce.

1776. La circonstance que l'injure était plus grave, qu'elle rentrait dans la classe de celles que les Romains nommaient atroces, devait avoir plusieurs conséquences importantes. Ainsi nous voyons que l'affranchi ne pouvait avoir l'action d'injure contre son patron, ni le fils hors puissance contre son père, à moins qu'il ne s'agît d'injure grave, d'injure atroce (2). — La condamnation soit civile, soit criminelle, devait être plus forte si l'injure était atroce (3). — Enfin, Gaius nous apprend que, dans le cas d'injure atroce, le préteur avait coutume, en donnant le juge et la formule, d'estimer et d'indiquer lui-même, par taxation, le *maximum* de la condamnation, et que le juge, quoiqu'il en eût le droit, n'aurait pas osé se tenir au-dessous de ce *maximum* (4).

X. In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est, posse *vel criminaliter agere, vel civiliter*. Et si

10. Enfin, pour toute espèce d'injure, celui qui l'a reçue peut *agir au criminel ou au civil*. Au civil, c'est en

(1) DIG. 47. 10. 5. pr. f. Ulp. — (2) DIG. 47. 10. 7. §§ 2 et 3. — (3) PAUL. Sent. 5. 4. § 22. — (4) GAI. 3. § 224.

quidem civiliter agatur, æstimatione facta secundum quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres quique super eos sunt, et *per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi vel suscipere*, secundum ejus tenorem qui ex ipsa manifestius apparet.

une somme estimée comme nous l'avons dit que consiste la peine. Au criminel, le juge inflige d'office au coupable une peine extraordinaire. Il faut toutefois observer qu'une constitution de Zénon a permis aux hommes illustres, ou d'une dignité supérieure, *d'intenter l'action d'injures et d'y défendre au criminel même par procureur*, comme on peut le voir par le texte de cette constitution.

1777. *Vel criminaliter agere, vel civiliter*. L'action d'injures, dont nous traitons ici, est une action privée pour obtenir contre le délinquant une condamnation pécuniaire. La loi Cornelia elle-même, dans ses dispositions relatives aux injures, donnait naissance à une pareille action, c'est-à-dire à une action privée (1).

Mais on pouvait aussi, selon les cas, intenter une accusation criminelle : *extra ordinem criminaliter agere*. Nous voyons même par les textes, et notamment par les Sentences de Paul, que les condamnations publiques étaient d'une excessive sévérité contre certaines injures; par exemple : la mort, pour attentat par violence à la pudeur ; l'exil, la relégation dans une île, la destitution de son ordre, pour crime de calomnie; l'exil, le métal ou les travaux publics, selon les circonstances, dans les cas de la loi Cornelia (2).

*Per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter persequi vel suscipere*. L'action d'injures, tant qu'elle n'était exercée qu'au civil, comme action privée, pouvait être intentée ou soutenue par procureur, par tuteur ou par tous autres représentants, et cela même à l'égard de celle dérivant de la loi Cornelia (3). Cette règle était générale pour tous. Mais s'il s'agissait d'une accusation au criminel, la règle générale était qu'il fallait comparaître en personne. La faveur que Zénon accorde par sa constitution aux personnes décorées du titre d'illustres est donc une exception toute particulière (4).

**XI.** Non solum autem is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel curavit ut cui mala pugno percuteretur.

**11.** Est tenu de l'action d'injures non-seulement celui qui a fait l'injure, par exemple, qui a frappé, mais encore celui qui méchamment a fait ou s'est arrangé pour faire frapper.

**XII.** Hæc actio *dissimulatione* abolетur; et ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim ut passus ad animum suum non revocaverit, postea ex

**12.** Cette action s'éteint par la *dissimulation;* celui donc qui a fait abandon de l'injure, c'est-à-dire qui, à l'instant où il l'a reçue, n'en a témoigné

(1) Cela ressort sans aucun doute des textes suivants : Dig. 47. 10. 5. §§ 6 et 7. — 6. f. Paul. — 7. § 1. f. Ulp. — Dig. 3. 3. 42. § 1 f. Paul. — (2) V. Paul. Sent. 5. 4. §§ 4. 8. 11. 13 et suiv. — (3) Dig. 47. 10. 11. § 2. — Dig. 3. 3. 42. § 1. — (4) Cod. 9. 35. 11. const. Zenon.

pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

aucun ressentiment, ne peut ensuite, par réflexion, revenir sur l'injure qu'il a remise.

1778. *Dissimulatione :* c'est-à-dire si on n'a témoigné sur-le-champ aucun ressentiment de l'injure; si on l'a, en quelque sorte, remise tacitement, par le peu de cas, par le mépris qu'on en a fait au moment où on l'a reçue.

Même dans le cas contraire, c'est-à-dire si on a montré immédiatement le ressentiment de l'injure et l'intention de la poursuivre, l'action sera éteinte, prescrite au bout d'un an, si la personne injuriée a laissé écouler ce temps sans agir (1).

Ou bien encore si elle est morte sans avoir agi, car cette action est toute personnelle à l'offensé, et ne passe pas à ses héritiers, à moins qu'elle ne fût déjà engagée par la *litis contestatio* (2).

1779. Outre les quatre sortes de délits que nous venons de parcourir, et qui sont ordinairement cités par les jurisconsultes romains, il existe d'autres faits qui nous paraissent indubitablement devoir être rangés aussi dans la classe des délits, parce qu'ils ont été spécialement prévus et caractérisés comme tels par la législation civile ou prétorienne, et qu'une action particulière y a été attachée.

Telles sont les actions *de tigno juncto* (3), *arborum furtim cæsarum* (4), venant de la loi des Douze Tables, et données pour le double; l'action *rerum amotarum,* imaginée par suite de cette idée que durant le mariage les soustractions entre époux ne peuvent pas donner lieu à l'action de vol (la *rei vindicatio* ou la *condictio* sont les seules qui se donnent alors); et que cette prohibition de l'action de vol doit s'étendre, même après le divorce, aux soustractions qui auraient été commises auparavant, dans la prévision du divorce prochain (*divortii consilio*) : c'est à ce dernier cas que s'applique l'action *rerum amotarum* : « Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur (5). » Elle a été créée principalement en vue des soustractions commises par la femme, parce que les biens étant au mari, ce cas est le plus fréquent; cependant elle se donnerait aussi contre le mari si, la femme ayant des biens paraphernaux, il en avait détourné quelques-uns en prévision du divorce prochain (6). L'action *rerum amotarum,* quoique née d'un délit, n'est qu'une action persécutoire de la chose (7). Pour les faits commis après la dissolution du mariage, l'action du vol reprend son application (8).

(1) Dig. 47. 10. 17. § 6. — Cod. 9. 35. 5. — (2) Dig. *Ib.* 13. pr. — Voir ce que j'ai déjà dit de la *litis contestatio* (tom. II, p. 361, note 2, et ci-dessus, n° 1704). — (3) Dig. 47. 3 *De tigno juncto*. — (4) Dig. 47. 7. *Arborum furtim cæsarum*. Dans ce cas, l'action de la loi Aquilia serait également applicable. — (5) Dig. 25. 2. *De actione rerum amotarum* 1. f. Paul. 2. f. Gai., et 25. f. Marcian. — (6) *Ibid.* 6. § 2. f. Paul., et 7. f. Ulp. — 23. 3. *De jure dot.* 9. § 3. f. Ulp. — (7) 25. 2. 21. § 2. f. Paul. — (8) *Ibid.* 3. f. Paul.

Tels sont aussi les cas de certaines actions prétoriennes, telles que l'action *servi corrupti*, pour le double (1) ; l'action contre le dommage causé dans la foule (*in turba*), et à tort (*dolo malo*), pour le double dans l'année, et pour le simple après l'année (2); l'action contre ceux qui profiteraient d'un incendie, d'une ruine, d'un naufrage, d'une attaque de navire, pour enlever des objets, ou qui les recèleraient : action donnée pour le quadruple dans l'année, et ensuite pour le simple (3).

Enfin, nous mentionnerons encore ici l'accusation *extra ordinem* pour spoliation d'une hérédité (*crimen expilatæ hereditatis*) (4), fondée sur le principe que la soustraction de choses dépendant d'une hérédité, tant que l'héritier n'a pas fait adition et ne s'est pas encore mis en possession, ne constitue pas un vol proprement dit, et, par conséquent, ne donne pas lieu à l'action de vol (5). Et cependant comme il y a là un délit particulier, à défaut de loi qui s'y applique, on recourt à la juridiction extraordinaire du préfet de la ville, ou du président de la province. Mais ce n'est pas ici une action civile, c'est une accusation *extra ordinem*.

1780. Lorsqu'il y a concours de plusieurs délits, la jurisprudence romaine avait admis le principe qu'aucun d'eux ne doit rester impuni : « Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur. » Par exemple, si quelqu'un a volé un esclave et ensuite l'a tué, on aura contre lui l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia (6). Lorsqu'un même fait constitue plusieurs délits, par exemple, lorsqu'en frappant un esclave, on encourt à la fois l'action d'injures et celle de la loi Aquilia; d'après l'opinion qui paraît avoir prévalu, on peut les intenter successivement, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur de celle qui est la plus avantageuse (7). Il faut remarquer, du reste, qu'il ne s'agit ici que de peines pécuniaires et privées, et que ces textes formels ont été détournés de leur véritable sens quand ils ont été entendus des peines publiques, poursuivies par accusations criminelles.

| TITULUS V. | TITRE V. |
|---|---|
| DE OBLIGATIONIBUS QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR. | DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN DÉLIT. |

1781. Toutes les fois que des faits nuisibles et illicites, ne rentrant ni dans la classe des contrats ni dans celle des quasi-contrats, ont été commis, que ce soit avec intention coupable ou sans cette intention, peu importe, s'ils ne sont pas au nombre de ceux que la législation a caractérisés comme délits, c'est-à-dire si la légis-

(1) Dig. 11. 3. *De servo corrupto*. — (2) Dig. 47. 8. *Vi bonorum raptorum et de turba*. 4. f. Ulp. — (3) Dig. 47. 9. *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata*. — (4) *Crimen* n'a pas la signification que nous donnons aujourd'hui au mot *crime*; c'est, à proprement parler, en droit romain, l'accusation, l'incrimination. — (5) Dig. 47. 19. *expilatæ hereditatis*. 2 § 1. f. Ulp « Ante aditam hereditatem; vel post aditam, antequam res ab herede possessæ sint. » — 25. 2. 6. § 6. f. Paul. — (6) Dig. 47. 1. 2. f. Ulp. — (7) Dig. 44. 7. 34. pr. f. Paul.

lation n'a pas attaché à ces faits d'action spéciale qui leur soit propre, alors on tombe dans le cas d'une action générale, l'action *in factum*, rédigée en fait, usitée communément pour toutes ces sortes de cas, et l'on dit que l'obligation est produite, non pas par un délit, mais comme par un délit (*quasi ex delicto*). D'où l'on a fait, dans la langue moderne du droit, afin de s'énoncer plus brièvement et sans périphrase, l'expression de *quasi-délit* (1). Il faut appliquer au sujet de cette expression ce que nous avons dit plus haut relativement à celle de *quasi-contrats*. (Voir ci-dessus, au titre des *quasi-contrats*, n° 1622.)

Le texte parcourt plusieurs cas qui rentrent dans cette catégorie de faits.

Si *judex litem suam fecerit*, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri : et *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*, pœnam sustinebit.

Si *un juge fait un procès sien*, il ne paraît pas obligé précisément par méfait; mais, comme il ne l'est ni par méfait ni par contrat, et que cependant il a failli en quelque chose, fût-ce par ignorance, on dit qu'il est tenu comme par méfait, et il sera condamné à l'estimation de la chose, *appréciée équitablement par la religion du juge*.

1782. *Si judex litem suam fecerit*. Cette expression était consacrée pour dire que le juge avait tourné le procès contre lui; qu'il en avait assumé les conséquences à sa charge. Il se trouvait dans ce cas lorsqu'il avait rendu à mauvais dessein (*dolo malo*) une sentence inique (*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*); soit par faveur, soit par inimitié ou par corruption (*si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes*) (2). Ou même, selon notre texte, tiré de Gaius, n'eût-il que de l'ignorance à se reprocher (*licet per imprudentiam*) (3). Le même jurisconsulte, dans ses Instituts, cite le cas où le juge aurait condamné à une autre somme que celle impérativement fixée par la formule, ou en cas de taxation à un *maximum*, aurait dépassé ce *maximum* (4).

1783. Ce n'est pas que les erreurs, les injustices ou les violations du droit dont il s'agit, fussent irréparables par d'autres moyens. On pouvait avoir généralement la voie de l'appel. Et même, dans certains cas, cette voie n'était pas nécessaire : tel était celui où la sentence contenait une violation formelle de la loi (*si specialiter contra leges, vel S. C., vel constitutionem fuerit prolata. — Cum contra sacras constitutiones judicatur*) (5). Ce

(1) Mais le *quasi-délit*, dans notre droit civil français, diffère essentiellement de ce qu'il était en droit romain; car il ne s'agit plus de savoir, chez nous, s'il y a une action spéciale et caractéristique par elle-même, ou simplement une action générale *in factum*, contre ce fait, pour dire s'il y a délit privé ou seulement quasi-délit. — (2) DIG. 5. 1. 15. § 1. f. Ulp. — (3) DIG. 50. 13. 6. — (4) GAI. 4. § 52. — (5) DIG. 49. 1. 19. f. Modest. 8. 1. § 2. f. Mac.

que le jurisconsulte Macer caractérise parfaitement en disant, lorsque le juge a prononcé contre le droit de la constitution plutôt que contre le droit du plaideur (*cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur*) (1). Tel était encore le cas d'une sentence vénale, obtenue du juge par corruption (2). Dans ces cas, n'y eût-il pas eu appel, ou l'appel qu'on avait formé eût-il été repoussé par la prescription, on pouvait recommencer de nouveau la cause (*causa denuo induci potest.—Potest causa ab initio agitari*) (3).

1784. Cela posé, il est naturel de se demander si le recours contre le juge, comme ayant fait le procès sien, pouvait être exercé même dans ces cas où le plaideur avait le moyen de faire réformer la sentence inique, ou de la faire considérer comme nulle; ou bien si ce recours se bornait seulement aux cas où la sentence était irrévocable. Le plaideur paraît avoir eu, dans tous les cas, l'action contre le juge qui avait fait le procès sien; car il pouvait, par plusieurs raisons, ne pas vouloir ou ne pas pouvoir recommencer un nouveau procès contre son adversaire : par exemple si celui-ci était insolvable et ne lui offrait plus aucune garantie, ou par tout autre motif qui lui faisait préférer d'attaquer le juge.

1785. *In quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*. C'est ainsi que s'exprime notre texte, d'après Gaius. Ulpien nous dit que le juge convaincu sera condamné à payer la véritable estimation du procès qu'il a fait sien (*ut veram æstimationem litis præstare cogatur*) (4). Mais qui fera cette estimation? le juge qui connaîtra de l'action; et d'après quelle base? *in quantum de ea re æquum videbitur*. C'est ainsi que ces deux opinions des jurisconsultes peuvent se ramener à la même.

1786. On se demande, à ce propos, pourquoi l'incurie, l'imprudence du médecin étaient rangées, chez les Romains, parmi les délits, et passibles de l'action de la loi Aquilia; tandis que celles du juge ne constituaient qu'un quasi-délit. La véritable raison est que, dans le premier cas, le médecin a lésé un corps, causé un préjudice à un corps (*corpori*), ce qui rentre dans les prévisions de la loi Aquilia, et par conséquent dans une action pour délit; tandis qu'il n'en est pas de même dans le second cas. Mais on voit que le plus ou moins de culpabilité entre le médecin ou le juge n'entre pour rien dans la question.

**1.** Item, is ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut

**1.** Pareillement, celui qui habite, comme propriétaire, locataire, ou gratuitement, un appartement d'où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a porté préjudice à autrui, est réputé obligé comme par méfait; car ce n'est pas précisément par méfait qu'on peut le dire obligé, puisque, la plupart du temps, il

(1) *Ib.* — (2) Cod. 7. 64. 7. const. Dioclet. et Maxim. — (3) Dig. 49. 1. 19. — (4) Dig. 5. 1. 15. § 1. f. Ulp.

liberi. Cui similis est is qui, ea parte qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere : quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero quod dejectum effusumve est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia quæ in curatione facta sunt; præterea operarum quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est.

est tenu de la faute d'un autre, soit d'un esclave, soit d'un enfant. Il en est de même de celui qui a, sur la voie publique, quelque objet posé ou suspendu, dont la chute pourrait nuire à quelqu'un; dans ce cas une peine de dix sous d'or est établie. Mais, à l'égard des choses jetées ou répandues, l'action est établie pour le double du dommage causé; et si un homme libre avait été tué, la peine serait de cinquante sous d'or. S'il n'est pas mort, mais blessé, l'action se donne pour la somme que le juge estimera équitable selon le cas. En effet, le juge doit tenir compte des honoraires payés au médecin, et des autres frais de maladie; et, en outre, des travaux dont le blessé a manqué ou dont il manquera par suite de l'incapacité où il a été réduit.

1787. Il s'agit, dans ce paragraphe, de deux cas différents : des choses répandues ou jetées (*de effusis et dejectis*), et des choses suspendues ou périlleusement placées (*de periculose positis et suspensis*) sur un lieu public.

Pour le premier de ces cas, l'Édit du préteur est ainsi conçu : « Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, » dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum » datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum » judicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse » dicetur, quantum ob eam rem æquum judici videbitur eum cum » quo agetur condemnari, tanti judicium dabo (1). »

Remarquons bien qu'il s'agit ici d'une action *in factum*, non pas contre celui même qui a jeté ou répandu les objets ayant causé le dommage (car celui-là est passible, s'il y a lieu, de l'action de la loi Aquilia); mais d'une action contre le chef de famille qui habite le bâtiment ou la partie du bâtiment d'où les objets ont été jetés, à cause de son défaut de surveillance.

1788. Pour le second cas, voici les termes de l'édit : « Ne quis » in suggruenda protectove, supra eum locum, quo vulgo iter » fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere » cui possit : qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem » in factum judicium dabo (2). »

Dans cette action *in factum*, le préteur réprime le seul fait d'avoir posé ou suspendu sur la voie publique quelque chose de susceptible de nuire en tombant, à cause du danger qu'on a fait courir aux passants.

1789. Cette espèce d'action, dans l'un et dans l'autre cas, est populaire (3); c'est-à-dire que le droit de l'intenter appartient à

(1) Dig. 9. 3. *De his qui effuderint*. 1. pr. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 5. § 6. — (3) *Ibid.* 5. § 13. f. Ulp.

chacun, parce qu'elle a été introduite dans l'intérêt de tous les citoyens. Il en est de même de l'action pour la mort d'un homme libre arrivée par la chute d'un objet. Cependant si plusieurs se présentaient pour l'exercer, on donnerait la préférence au plus intéressé : par exemple, aux héritiers, aux cognats du défunt (1).

**II.** Si filius familias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est : Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filio familias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

**2.** Si le fils de famille a une habitation séparée du père, et que, de son appartement, il ait été jeté ou répandu quelque chose, ou qu'il ait quelque objet, posé ou suspendu, dont la chute serait dangereuse, Julien a pensé qu'il n'y a aucune action contre le père, mais qu'il faut agir contre le fils lui-même; même observation pour le fils de famille, juge, qui aurait fait le procès sien.

1790. Ici, le père de famille n'a aucun défaut de surveillance à se reprocher dans le premier cas, ni aucune sorte de responsabilité dans le second. Il ne peut donc pas être attaqué, pas même jusqu'à concurrence du pécule de son fils, car nous verrons (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 10, et tit. 7, § 5) qu'il n'est pas responsable sur le pécule des obligations pénales du fils.

Mais si c'était un esclave qui eût causé le dommage, le maître serait toujours obligé ou de réparer le dommage, ou d'abandonner l'esclave, ainsi que nous le verrons (ci-dessous (liv. 4, tit. 8).

**III.** Item exercitor navis aut cauponæ aut stabuli, *de damno aut furto* quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur : si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret. Cum enim, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

**3.** Le maître d'un navire ou d'une auberge ou d'une étable est pareillement, à raison *du dommage ou du vol* commis dans le navire ou dans l'auberge ou dans l'étable, réputé tenu comme par méfait; si toutefois ce n'est pas lui qui a commis le délit, mais un de ceux qu'il emploie au service du navire, de l'auberge ou de l'étable. En effet, comme l'action établie contre lui ne provient ni d'un méfait ni d'un contrat, et que cependant il est, jusqu'à un certain point, en faute, pour avoir employé de mauvais sujets, il est réputé tenu comme par méfait. Dans ces cas, c'est une action *in factum* qui est ouverte, et qu'on donne même à l'héritier, mais non contre l'héritier.

1791. L'action *in factum* dont il s'agit ici a été introduite par la juridiction prétorienne.

*De damno aut furto.* Ainsi, le capitaine de navire ou l'aubergiste sont rendus personnellement responsables des détériorations, de la destruction ou du vol qui seraient commis dans le navire ou dans l'auberge (*in navi aut caupona aut stabulo*) par quelques-uns de leurs employés (*alicujus eorum quorum opera navem aut*

(1) *Ibid.* § 5.

*cauponam aut stabulum exerceret*), parce qu'il y a faute de leur part d'employer de pareilles gens.

Cette action se donne contre eux pour le double. Elle n'empêche pas l'action civile, soit de vol, soit de la loi Aquilia, selon le cas, d'exister aussi contre le véritable coupable. De sorte que la partie lésée a le choix, ou d'exercer cette action civile contre l'auteur du délit, ou bien d'exercer l'action prétorienne contre le capitaine du navire ou l'aubergiste (1).

1792. L'action dont il s'agit ici est bien distincte de l'action donnée par le droit prétorien *in simplum*, contre les capitaines de navire ou aubergistes, pour la restitution des choses qui leur ont été confiées. Cette dernière action n'est relative qu'aux obligations provenant du contrat de louage ou du quasi-contrat formé avec le capitaine ou avec l'aubergiste. Elle est indépendante de tout délit (2); tandis que l'action dont il s'agit dans notre paragraphe a pour but de punir les capitaines ou aubergistes de délits qu'ils auraient dû empêcher; elle se range parmi celles des quasi-délits, et elle n'a lieu qu'autant que les circonstances de vol ou de dommage se rencontrent telles qu'il est énoncé dans notre texte.

### *Sources ou causes des obligations naturelles.*

1793. Ici se termine, en suivant le texte des Instituts, l'exposé des causes qui produisent des obligations civiles, soit *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, soit *ex delicto* ou *quasi ex delicto*. Les obligations prétoriennes, dont nous avons eu occasion déjà d'indiquer un certain nombre, étant constituées et investies d'une action par le texte formel de l'édit, sont encore plus faciles à reconnaître et à déterminer. Mais il n'en est pas de même des obligations naturelles qui ne reposent sur aucun texte législatif, ni civil, ni prétorien, et qui ne sont sanctionnées que d'une manière indirecte, par des raisons d'équité générale, allant au delà de ces textes. Nous avons déjà fait connaître les effets des obligations naturelles en général (ci-dess., n° 1184) : il nous reste à en signaler les diverses causes (3).

1794. Parmi ces causes, il en est qui tiennent au caractère particulier du droit romain et qui, par conséquent, sont spécialement propres à ce droit. L'équité naturelle s'élève au-dessus des strictes limites posées par la loi romaine, et là où celle-ci voit absence ou impossibilité d'obligation civile, là où le préteur lui-même n'a pas osé ou n'a pas cru devoir édicter la sanction d'une obligation prétorienne, elle signale des liens naturels d'obligation.

1795. La première de ces causes tient aux règles rigoureuses du droit romain sur les contrats. Les conventions qui ne sont ni

(1) Dig. 47. 5. 1. pr. §§ 2 et 3. f. Ulp. — (2) Dig. 4. 9. *Nautæ, caupones, stabularii*, etc. 3. §§ 1 et 4. f. Ulp. — (3) Voir sur ce sujet le traité de notre collègue M. Machelard, *Des obligations naturelles*, déjà cité par nous.

reconnues par le droit civil comme constituant un contrat, ni sanctionnées par un texte législatif ou par l'édit comme pacte légitime ou prétorien, et qui restent dans la dénomination de simples pactes, produisent des obligations naturelles, si, du reste, elles sont intervenues de bonne foi, entre personnes capables, et si elles n'ont rien d'immoral ni de prohibé. C'est la cause la plus simple et la plus fréquente de ces sortes d'obligations (1).

1796. La seconde cause tient aux règles rigoureuses du droit romain sur la condition des personnes, et cette cause se subdivise en plusieurs applications. En effet, l'institution de l'esclavage d'une part, et d'autre part la constitution particulière de la famille, créent pour un grand nombre d'individus des impossibilités d'obligations civiles ou même prétoriennes, que l'équité naturelle ne reconnaît pas.

1797. En ce qui touche l'esclavage, on sait que dans la stricte rigueur du droit civil, les esclaves sont considérés comme ne constituant pas une personne; mais les jurisconsultes romains n'admettaient pas qu'il en fût ainsi en droit naturel, suivant lequel ils proclamaient que tous les hommes sont égaux. « Quod attinet ad » jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali : » quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales » sunt (2). » Le droit civil lui-même n'a pas poussé sur ce point la logique jusqu'à l'extrême. Ainsi il considère les esclaves comme s'obligeant par leurs délits, en ce sens que, dans quelque main qu'ils passent, ils devront, si le maître ne veut pas satisfaire à l'action résultant de leur délit, être livrés par abandon noxal, et que s'ils viennent à être affranchis, l'action se donnera directement contre eux : « Servi ex delictis quidem obligantur; et si manumittantur, obligati remanent» (ci-dess., n° 1286, et ci-dessous, liv. 4, tit. 8, § 5). Ainsi encore, il considère la personne du maître comme personnifiant l'esclave, et il attribue, en conséquence, à ce dernier, le pouvoir de contracter en obligeant les autres envers son maître; le droit prétorien lui reconnaît même, dans certaines circonstances ou dans certaines limites, celui de contracter en obligeant son maître envers les autres (ci-dess. n° 1283, et ci-dessous, liv. 4, tit. 7). Hors ces circonstances ou passé ces limites, l'esclave, soit qu'il agisse *ex persona domini*, soit qu'il agisse *ex persona sua*, ne donne naissance, par ses contrats ou par ses pactes, à aucune obligation, ni civile ni prétorienne; mais, suivant la jurisprudence basée sur l'équité

---

(1) Le préteur s'exprime ainsi dans son Édit : « Pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. » (Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 7. f. Ulp.) Mais quand il ne les a pas investis d'une action, il ne les maintient qu'à l'aide des moyens indirects concédés pour les obligations naturelles. Voir *Ibid*. 7. § 4. f. Ulp.; 27 §§ 2 et 4. f. Paul.; 34. f. Modest ; 38. f. Papin. — (2) Dig. 50. 17. *De regul jur*. 32. f. Ulp.

naturelle, il y a obligation naturelle : « Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant (1). » (Ci-dess. n° 1286.)

1798. L'affranchissement, qui se rattache à l'institution de l'esclavage, nous offre l'occasion d'une autre sorte d'obligation naturelle. L'affranchi devait civilement à son patron, lorsqu'il les avait spécialement promis, par serment avant la manumission, ou par contrat *verbis* après, certains travaux consistant soit en services domestiques (*operæ officiales — ministerium*), soit en œuvres d'artisan (*operæ fabriles — artificium*) (tom. II, n° 80, et ci-dess., n° 1236); or, en l'absence de tout engagement civil, les jurisconsultes le considéraient comme devant naturellement, par un devoir de reconnaissance envers celui de qui il tenait la liberté, les services *officiales*, mais non les autres. « Natura enim operas patrono libertus debet (2). »

1799. En ce qui touche la constitution de la famille, le principe sur lequel elle était assise, à savoir, qu'il y avait sous le rapport des droits de propriété ou de créance et de tous les intérêts pécuniaires, unité de personne entre le chef et tous ceux qui étaient soumis à son pouvoir, ne permettait pas qu'il pût naître des obligations civiles de cette nature entre ces personnes, soit du chef à l'un quelconque de ceux qu'il avait en son pouvoir ou réciproquement, soit de l'un de ceux-ci à l'autre, par exemple de frère à frère, lorsqu'ils étaient tous deux en puissance du même père. Mais la jurisprudence reconnaissait dans ces divers cas des obligations naturelles, qui, par suite de l'institution des pécules, de l'émancipation ou de la mort du chef, pouvaient produire des effets utiles (3).

1800. Du reste, à l'égard de toute autre personne ne faisant pas partie de la même famille que lui, le fils de famille avait pleine puissance de contracter utilement. Il est vrai que si on considère les effets de ses actes par rapport à son père (*ex persona patris*), on le trouvera dans une position identique avec celle de l'esclave : il ne peut, suivant le droit civil, qu'obliger les autres envers son père, et, suivant le droit prétorien, il n'oblige son père envers les autres que dans certaines circonstances ou dans certaines limites (voir ci-dessous, liv. 4, tit. 7). Mais quant à lui personnellement (*ex persona sua*), sauf les restrictions apportées par le sénatus-consulte Macédonien au sujet des prêts d'argent (ci-dess., n° 1211), il s'oblige comme s'il était père de famille, et ces obligations

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 14. f. Ulp. C'est donc sous la réserve de ces distinctions qu'il faut accepter cette proposition du même jurisconsulte : « In personam servilem nulla cadit obligatio. » (Dig. 50. 17. 22. f. Ulp.) — Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 13. pr. f. Paul. — 15. 1. *De pecul.* 9. § 6. f. Ulp.; et 50. § 2. f. Papin. — 16. 2. *De compensat* 9. f. Paul. — 46. 1. *De fidejuss.* 35. f. Paul. — Et ci-dessus, liv. 3. tit. 0. § 1. n° 1392. — (2) Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 26. § 12. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 38. f. Afric.; 64. f. Tryphon.

civiles, par suite de l'institution des pécules ou des événements qui pourront, plus tard, le rendre *sui juris*; ou même avant ces événements, en ce qui concerne les droits d'exécution contre sa personne, produiront leurs effets accoutumés : « Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum patre familias potest (1) » (ci-dess., n° 1300).

1801. C'est encore au génie particulier du droit romain sur la constitution de la famille qu'il faut attribuer cette règle, que, par suite de la petite diminution de tête, ou, en d'autres termes, du changement de famille, ceux qui avaient subi cette diminution, ayant changé de personne quant à la propriété, aux créances et à tous autres intérêts pécuniaires, se trouvaient civilement déchus de tous droits et civilement libérés de toute obligation nés de causes antérieures (tom. II, n° 203). Mais les jurisconsultes faisaient remarquer qu'ils continuaient à être tenus naturellement, et le préteur, en créant, par son édit, une action spéciale pour ce cas, en avait fait un cas d'obligation prétorienne (2) (ci-dess., n°s 1152 et 1153).

1802. Enfin, c'est encore par suite des idées des Romains sur la dot, en considération de l'intérêt qu'avait à leurs yeux la République à ce que les femmes ne fussent pas *indotatæ*, et à cause des devoirs d'affection envers le mari et envers les enfants, qui devaient porter la femme à contribuer pour sa part aux charges du ménage, que les jurisconsultes, en l'absence de tout engagement civil à cet égard, considéraient celle-ci comme tenue, *pietatis causa*, à apporter quelque chose en dot, et lui refusaient le droit de répéter ce qu'elle aurait payé à ce titre, même par erreur (3).

1803. Les autres causes d'obligations naturelles ne tiennent pas aux particularités du droit romain; elles sont fondées sur d'autres considérations plus générales, qui peuvent trouver leur application dans d'autres législations, et même de nos jours. Il est beaucoup de cas, en effet, où la loi civile, statuant, non pas pour les faits exceptionnels, mais pour les faits généraux (*de eo quod plerumque fit*), est obligée de procéder d'après des présomptions qu'elle tire de ce qui arrive communément, et qui néanmoins, dans des espèces particulières, peuvent se trouver en défaut quelquefois. C'est souvent sur de semblables présomptions qu'elle déclare nulles ou qu'elle déclare éteintes, sans admettre même de preuve contraire, certaines obligations qui, en effet, dans les cas les plus fréquents, doivent l'être. Mais si le débiteur apprécie lui-même, dans sa conscience, qu'il se trouve dans un cas exceptionnel, et qu'en réalité la présomption est démentie à

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et action*. 39. f. Gai. — « Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio. » (Dig. 5. 1. *De judic*. 57. f. Ulp.) — (2) Dig. 4. 5. *De capite minut*. 2. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (3) Dig. 12. 6. *De condict. indeb*. 32. § 2. f. Julian.

son égard, l'obligation, quoique n'existant pas suivant la loi civile, n'existe-t-elle pas dans son for intérieur, et n'y a-t-il pas là un motif suffisant pour lui permettre soit de la payer, soit de la ratifier, soit de la nover, volontairement et pour l'acquit de sa conscience, sans que ces actes puissent être considérés comme faits sans cause, ou comme constituant une libéralité?

Tels sont, en droit romain, les cas de l'obligation éteinte par les effets de la prescription (1) ou par ceux d'une sentence d'absolution (2). — Tel est celui de l'héritier testamentaire ou *ab intestat*, qui, volontairement et par respect pour les intentions du défunt, veut acquitter des legs ou des fidéicommis, malgré l'irrégularité du testament ou de l'acte dans lequel ont été faites ces libéralités; ou qui veut s'abstenir d'exercer la retenue de la quarte Falcidie ou toute autre retenue que le testateur l'aurait autorisé à faire (3). — Tel est, enfin, celui du pupille et peut-être aussi ceux du fou (*furiosus*) ou du prodigue (*prodigus*) interdit de l'administration de ses biens.

1804. Ces trois derniers cas, c'est-à-dire ceux du pupille, du fou ou du prodigue interdit, ne sont pas sans présenter de graves difficultés de texte. A l'égard du pupille, deux fragments portent que, par les contrats qu'il fait sans autorisation du tuteur, il n'est pas même obligé naturellement (*nec natura debet; nequidem jure naturali obligatur*) (4); mais un plus grand nombre encore constatent, dans ce cas, l'existence d'une obligation naturelle et la possibilité que cette obligation soit garantie par fidéjusseur (5). Sans doute la raison, l'équité naturelle ne veulent pas que l'impubère, quoique ayant agi dans l'inexpérience, dans les erreurs ou dans les entraînements de son âge, se trouve néanmoins lié: ce serait là une conclusion déraisonnable, aussi contraire à la justice naturelle qu'à la justice civile. Sans doute elles ne veulent pas que le pupille, tant qu'il restera dans le même état d'incapacité, puisse ratifier, nover ou payer valablement une dette par lui consentie sans autorisation du tuteur. Mais si une tierce personne, jugeant que l'engagement du pupille est formé ou a été formé dans de bonnes conditions, vient le cautionner, ou bien si l'ex-pupille,

(1) Ceci ne se trouve pas exprimé textuellement en droit romain; on le conclut indirectement, par déduction des fragments 19. pr. Pompon. et 40. pr. Marcian. (Dig. 12. 6. *De condict. indeb.*); et par argument *a contrario* des fragments 37. Paul. (Dig. 46. 1. *De fidej.*) et 25. § 1. Afric. (Dig. 46. 8. *Ratam rem haberi.*) — (2) Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 28 et 60. f. Paul. — 46. 8. *Ratam rem hab.* 8. § 1. f. Venulej. — (3) Cod. 6. 42. *De fideic.* 2. const. Anton. — 6. 50. *Ad leg. Falcid.* 19. const. Justinian. — Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 2. § 1. f. Ulp. — 24. 1. *De donat. inter vir. et uxor.* 5. § 15. f. Ulp. — (4) Dig. 12. 6. *De condict. ind.* 41. f. Nerat. — 44. 7. *De oblig. et act.* 59. f. Licin. Rufin. — (5) Dig. 12. 2. *De jurejurando.* 42. pr. f. Pompon. — 35. 2. *Ad leg. Falcid.* 21. pr. f. Paul. — 36. 2. *Quando dies leg.* 25. § 1. f. Papin. — 44. 7. *De oblig. et act.* 43. f. Paul. — 46. 2. *De novat.* 1. § 1. f. Ulp. — 46. 3. *De solution.* 44. f. Marcian.; 95. § 4. f. Papin. — Et ci-dessus, liv. 3. tit. 29. § 3. pag. 381.

devenu capable et appréciant en lui-même, suivant sa conscience, la validité de son engagement, pense qu'il est de son devoir de le mettre à effet, il y a là une cause suffisante pour soutenir ces actes de cautionnement, de payement ou de ratification volontaires. La présomption générale cède devant l'appréciation intime que font les intéressés eux-mêmes du cas spécial dans lequel ils se trouvent. — Bien entendu que, dans tous les cas, le pupille est obligé même civilement jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. C'est la disposition formelle d'un rescrit d'Antonin le Pieux (1).

1805. A l'égard du fou et du prodigue, on pourrait penser qu'il doit en être de même, quant au cautionnement donné par un tiers, ou quant à la ratification et au payement qu'ils feraient eux-mêmes, après être revenus à l'état de capacité; car il pourrait se faire que, par exception à la présomption générale, le fou eût contracté dans un intervalle lucide, ou le prodigue en des moments de mesure et de bonne gestion de ses intérêts. Un texte d'Ulpien paraît supposer, en effet, que leur engagement pourrait être valablement cautionné par fidéjusseur, et qu'il se placerait à cet égard sur la même ligne que celui du pupille (2). Mais le même Ulpien nous dit ailleurs positivement le contraire, et Gaius nous donne, comme une certitude (*certum est*), la même décision (3). Ce qui prouve que la jurisprudence romaine n'était pas fixée sur ce point, qu'elle tendait plutôt à ne pas même reconnaître une obligation naturelle dans les engagements du fou et du prodigue interdit.

1806. Les obligations naturelles que nous venons d'indiquer, et quelques autres qui peuvent exister dans d'autres circonstances moins importantes à remarquer, ne produisent pas toutes les mêmes effets. Si on étudie avec soin leur nature, on arrivera facilement à reconnaître que les effets généraux par nous signalés (ci-dessus, n° 1184), lesquels peuvent se résumer dans les cinq idées suivantes : exception et compensation, cautionnement, payement, novation, ratification, ne se rencontrent tous réunis que dans quelques-unes de ces obligations naturelles, notamment dans celles résultant des pactes, dans celles de l'esclave, ou des personnes contractant ensemble, quoique soumises à un même chef; tandis que, dans la plupart des autres, il ne peut être question d'exception ou de compensation, ni même, dans quelques-unes, de fidéjussion ou de toute autre garantie accessoire ; et que le payement, pour ne pouvoir être répété, a besoin d'y avoir été fait sciemment.

---

(1) Dig. 26. 8. *De auctor. tutor.* 5. pr. f. Ulp. — 12. 6. *De condict. indeb.* 13. § 1. f. Paul. — (2) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 25. f. Ulp. — (3) *Ibid.* 70. § 4. f. Gai. — 45. 1. *De verb. oblig.* 6. f. Ulp. — On ne peut pas resoudre la difficulté en distinguant entre le cas où le fidéjusseur a connu et celui où il a ignoré l'état de folie ou d'interdiction : les décisions de Gaius et d'Ulpien sont absolues.

1807. Enfin, il faut nous rappeler que dans les cas de conventions prohibées, suivant ce que nous avons déjà dit ci-dessus, n° 1621, il n'y a pas même d'obligation naturelle. — Faut-il ranger dans cette catégorie l'engagement du fils de famille empruntant de l'argent malgré la prohibition du sénatus-consulte Macédonien? (Ci-dess., n° 1211, et ci-dessous, liv. 4, tit. 7, § 7.) Les textes nous apprennent que non; qu'il y a, dans ce cas, une obligation naturelle (*naturalis obligatio manet*) (1), et que si, après la mort de son père, l'ex-fils de famille devenu *sui juris* paye en tout ou en partie, il ne pourra pas répéter (2), bien différent en cela de la femme qui aurait payé, par suite de son intercession, contrairement au sénatus-consulte Velléien. Le motif de la différence vient de ce que la prohibition du sénatus-consulte Velléien est faite dans l'intérêt de la femme elle-même, afin de la protéger; tandis que celle du sénatus-consulte Macédonien est faite non en faveur du fils, mais contre le fils et contre celui de qui il aurait emprunté, dans le but unique de protéger le père (3).

1808. Les obligations naturelles s'éteignent non-seulement par les divers modes qui éteignent les autres obligations, mais même par de simples modes naturels, tels qu'un pacte de dissolution ou une transaction; et comme elles n'étaient soutenues que par un lien d'équité, l'équité suffisant pour dissoudre ce lien, elles s'évanouissent alors, non pas *exceptionis ope*, mais d'après les principes mêmes du droit qui en reconnaissait équitablement l'existence et qui en reconnaît équitablement l'extinction : à un tel point qu'avec elles s'évanouissent aussi les obligations civiles par lesquelles elles pouvaient être garanties, par exemple les fidéjussions (4), le tout conformément à ce que nous avons déjà expliqué sur ce point, ci-dessus, n° 1709.

*Obligations alternatives*. — *Obligations* pro parte *ou* in solidum. — *Obligations* quæ divisionem recipiunt, *ou* non recipiunt.

1809. L'obligation en son état le plus simple, qui est aussi le plus fréquent, se présente avec ses trois éléments essentiels à l'état d'unité : un créancier, un débiteur et une chose due. Mais si on multiplie les uns ou les autres de ces éléments et qu'on suppose — soit la pluralité d'objets de l'obligation; — soit, pour une même chose due, la pluralité des créanciers ou des débiteurs, ou des uns et des autres : — le problème se complique, et il est nécessaire d'accommoder à ces complications les règles ordinaires. Or ces complications peuvent se produire de diverses manières.

1810. Par la pluralité d'objets dans l'obligation nous n'en-

(1) Dig. 14. 6. *De senat. Maced.* 10. f. Paul. — (2) *Ibid.* 7. § 16. et 9. pr. et § 4. f. Ulp. — (3) Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 19. pr. f. Pompon., et 40. pr. f. Marcian. — (4) Dig. 46. 3. *De solution.* 95. § 4. f. Papin. — 12. 2. *De jurejur.* 42. pr. f. Pompon.

tendons pas le cas dans lequel il est dû à la fois et de la même manière plusieurs choses, soit de même nature, soit de nature différente, par exemple plusieurs chevaux, plusieurs fonds de terre, plusieurs actes à faire ou à ne pas faire, ou même des uns et des autres réunis : toutes ces choses dans leur ensemble forment, à vrai dire, l'objet de l'obligation, dont les règles ne sont pas modifiées pour cela. — Mais la pluralité d'objets se présente dans l'obligation alternative : *illud aut illud*, Stichus ou Pamphile, tel cheval ou tel autre, tel fonds de terre ou tant de sesterces. La stipulation, le legs, la convention dans divers contrats de bonne foi et principalement dans les contrats innommés, peuvent produire cette modification de l'obligation, dont les effets varient suivant que le choix appartient au débiteur ou au créancier (1). Les Romains ne l'avaient pas désignée sous un nom particulier : celui d'obligation *alternative* est moderne.

1811. Plus importante et plus difficile dans l'application des règles de droit est l'hypothèse de la pluralité des créanciers ou des débiteurs, laquelle se présente dans diverses circonstances qu'il est nécessaire de ne pas confondre entre elles. Nous y ferons trois distinctions :

1812. En premier lieu, lorsque dans un même contrat, dans un même acte ou dans une même situation, source génératrice des obligations, le rôle auquel s'attache la qualité de créancier, ou celui auquel s'attache la qualité de débiteur, ou même l'un et l'autre, sont remplis par plusieurs personnes qui y figurent ensemble.

Le même effet résulte de certaines particularités du droit romain : —Ainsi lorsqu'un esclave commun entre plusieurs maîtres acquiert pour ses maîtres une obligation, ou lorsque, dans les limites fixées par le droit prétorien, il oblige ses maîtres, la pluralité des propriétaires de cet esclave conduit, dans ces obligations, à une pluralité de créanciers ou de débiteurs ; — ainsi encore lorsque plusieurs personnes ont préposé à un commerce ou à la conduite d'un navire commun le même gérant (*institor*) ou le même capitaine (*magister navis*), ces personnes deviennent, par les actes de leur même préposé, simultanément créancières ou débitrices, conformément au droit prétorien (ci-dess., liv. 4, tit. 7).

1813. En second lieu, lorsqu'à un contrat principal s'adjoignent un ou plusieurs contrats accessoires destinés à en fortifier ou à en garantir l'exécution : comme dans les cas d'adstipulation, de fidéjussion, de constitut, ou autres semblables. Il y a alors pluralité de créanciers, ou pluralité de débiteurs, mais l'un es

(1) Dig. 13. 5. *De pecun. constit.* 25. pr. f. Papin. — 18. 1. *De contrah. empt.* 34. § 6. f. Paul. — 30. *De legatis.* 84. § 9. f. Julian. — 31. *De legat.* 11. § 1. f. Pomp. — 33. 5. *De optione vel electione legata.* 20. f. Labeon. — 45. 1. *De verb. oblig.* 12. 16. pr. 109. 112. pr. f. Pomp. ; 138. § 1. f. Venulej. — 46. 3. *De solut.* 95. pr. et § 1. f. Papin.

principal et l'autre accessoire : c'est une nuance qui sépare ce cas du précédent.

1814. Enfin, en dernier lieu, lorsque le créancier, ou le débiteur, ou l'un et l'autre viennent à mourir, et qu'ils ont plusieurs héritiers pour successeurs : nouvelle nuance à prendre en considération.

1815. Ce sont là trois hypothèses distinctes, qu'il ne faut pas envelopper dans une même pensée, car la situation des personnes, et, par suite, les règles du droit varient sensiblement de l'une à l'autre.

1816. Dans la première de ces hypothèses, la question principale est de savoir si la créance ou la dette se divise entre les divers créanciers ou les divers débiteurs en plusieurs parties séparées, de telle sorte que chacun ne soit créancier ou débiteur que de la part qui le concerne ; ou bien si chacun d'eux est créancier ou débiteur pour le tout (*in solidum*) — La division pour parties doit être considérée comme la règle commune, de laquelle on ne s'écarte que lorsqu'il y a des raisons particulières pour y déroger. Cette division est, suivant les cas, tantôt par parts viriles, c'est-à-dire par parts égales pour chaque personne, et tantôt par parts proportionnelles à l'intérêt individuel de chacun. Ce sont les obligations *pro parte*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus, n° 1278.

1817. Mais les cas dans lesquels la jurisprudence romaine a reconnu des raisons suffisantes pour que les créances ou les dettes entre plusieurs fussent attribuées à chacun ou mises à la charge de chacun *in solidum*, sont nombreux (1). Afin d'y mettre un peu d'ordre, nous grouperons les exemples divers qui nous sont fournis par les textes romains, sous la classification suivante :

1818. 1° *Contrats ou obligations de droit strict :*

Le contrat *verbis*, dans le cas de plusieurs costipulants ou de plusieurs copromettants (*de duobus reis stipulandi vel promittendi*), est la forme la plus usuelle pour produire des créances ou des obligations *in solidum*, et fournit le type le plus strict de ces sortes d'engagements. Nous nous contenterons de renvoyer à ce que nous en avons déjà dit ci-dessus, n$^{os}$ 1264 et suiv. — Dans cette catégorie se rangent les *co-sponsores* et les *co-fideipromissores*, du moins jusqu'à la loi Furia, ainsi que les *co-fidejussores*, si on les considère entre eux, comme jouant ensemble le même rôle de garants (2) ; car comparés au débiteur dont ils garantissent la dette, ils n'entrent plus que dans notre seconde hypothèse, celle d'une antithèse entre un débiteur principal d'un côté, et un ou plusieurs débiteurs accessoires de l'autre (n° 1813).

Il est probable qu'il y avait dans le contrat *litteris* une manière de construire les *nomina* de façon à produire aussi cet effet de

(1) Voir sur ce sujet le traité de notre collègue M. Demangeat, *Des obligations solidaires ;* 1859, in-8°. — (2) Cod. 8. 41. *De fidejuss. et mand.* 1. const. Justinian. pr. ; et ci-dess., n$^{os}$ 1387, 1388 et 1395.

créances ou d'obligations *in solidum*. Cependant les Instituts de Gaius ni les autres documents antéjustiniens ne nous en disent rien, et les textes du Digeste ne nous en offrent qu'un vestige à demi effacé, à propos des *argentarii* ou banquiers : « *quorum nomina simul facta sunt ; quorum nomina simul eunt* (1). »

Joignons-y, enfin, les legs, dans les testaments : « Nam ut stipulando duo rei constitui possunt: ita et testamento potest id fieri, » dit Paul. — « Fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et..... testamento, » dit Papinien. Paul nous en donne cet exemple pour la créance *in solidum* : « *Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est ;* » et Pomponius celui-ci, pour la dette : « *Lucius Titius heres meus, aut Mævius heres meus decem Sejo dato* (2). »

Ces trois cas, de la stipulation, du contrat *litteris*, et même du legs, ont cela de commun qu'ils appartiennent au droit strict, caractère qui doit y exercer son influence accoutumée, et y faire prédominer des conséquences de forme sur les considérations d'équité.

1819. 2° *Contrats de bonne foi, pactes qui y sont joints, pactes devenus contrats innommés, pactes prétoriens ou légitimes, tels que le constitut ou la donation.*

On peut conclure de divers textes que dans tous les cas où, chez les Romains, un effet obligatoire est attaché à la convention, comme dans les contrats de bonne foi et dans les diverses sortes de pactes que nous venons d'énumérer, il est loisible aux parties, lorsque plusieurs figurent ensemble dans la convention, de convenir qu'elles seront créancières ou débitrices *in solidum*. L'expression la plus générale (quoiqu'elle ne le soit pas encore assez) que nous rencontrions de cette proposition est celle-ci de Papinien : « Fiunt duo rei promittendi..... non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione conductione. » Le caractère de créance ou d'obligation *in solidum* dans ces hypothèses provient de la convention spéciale qui en a été faite entre les parties (App. 4, liv. 3.)

Mais en l'absence même de toute convention, par un effet de droit, reconnu en jurisprudence civile, l'obligation *in solidum* existe dans certains contrats ou quasi-contrats : — ainsi en est-il dans les cas de plusieurs commodataires, locataires, dépositaires, ou mandataires en commun (4); — de plusieurs *mandatores*

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 9. f. Paul. — 4. 8. *De receptis*. 34. f. Paul.; le premier de ces fragments est pour la créance et le second pour la dette *in solidum*. — (2) Dig. 30. *De legatis*. 8. § 1. f. Pomp. — 31. *De legatis*. 16. f. Paul. — 45. 2. *De duob. reis constit*. 9. pr. f. Papin. — 3) Dig. 19. 2. *Locat. cond*. 13. § 9. f. Ulp.; et 47. f. Marcell. — 45. 2. *De duob. reis constit*. 9. pr. f. Papin. — Cod. 8. 40. *De duob. reis*. 1. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Dig. 13. 6. *Commod*. 5. § 15. f. Ulp. — 16. 3. *Deposit*. 1. § 43. f. Ulp. — 17. 1. *Mandat*. 60. § 2. f. Scævol. — Cod. 11 35. *Quo quisq. ordine conven*. 1. const. Anton., et 2. const. Gordian.

*pecuniæ credendæ*, si on les considère entre eux, dans leur rôle commun de garants (1) : car considérés par rapport à l'obligé principal, ils rentrent dans l'hypothèse de notre n° 1813; — de plusieurs *argentarii* associés, relativement aux opérations sociales faites par l'un ou par l'autre (2) : indépendamment même du cas dont nous avons parlé (ci-dess., n° 1818), où il y aurait eu contrat *litteris* et *nomina simul facta;* — enfin de plusieurs tuteurs ou curateurs (3).

1820. 3° *Obligations prétoriennes poursuivies par les actions* de peculio, institoria *ou* exercitoria.

Le droit prétorien établit ici des obligations *in solidum* entre les divers intéressés dans un commerce ou dans un navire, ayant un gérant (*institor*) ou un capitaine (*magister navis*) commun, à raison des actes de cet *institor* ou de ce *magister* (4).

1821. 4° *Dol, violences, délits, quasi-délits commis en commun.*

Les exemples qui se rattachent à cette pensée et qui nous sont fournis par les textes sont : — ceux du dol ou de la violence (5); —du vol (6), — et celui de la responsabilité pesant *in solidum* sur toutes les personnes qui habitent un logement commun, à raison des choses qui ont été répandues ou jetées de cet appartement (ci-dess., n°s 1787 et suiv.) (7).

Il faut se garder ici d'une confusion : ce n'est pas à l'égard de la peine; c'est seulement à l'égard de la *condictio furtiva*, c'est-à-dire de la réparation civile, que ceux qui ont commis ensemble un vol sont tenus ensemble *in solidum*. Quant à la condamnation pénale, chacun encourt individuellement la sienne : autant il y a de voleurs, autant de condamnations au double ou au quadruple; et ce que l'un a payé pour la peine qui lui incombe ne libère pas les autres de la peine qu'ils doivent subir personnellement : « Quod alius præstitit, alium non relevat, cum sit pœna. » Tryphoninus s'en explique fort bien à l'égard du vol (8); et Ulpien à l'égard même de la loi AQUILIA, bien qu'ici la condamnation soit mixte (9). Mais les jurisconsultes romains n'ont pas eu l'idée de rendre les codélinquants solidaires les uns des autres même pour la condamnation pénale prononcée contre chacun d'eux; de déplacer ainsi la peine et d'en rejeter, au besoin, le fardeau de l'un sur l'autre : chaque délinquant n'est obligé que pour la sienne.

---

(1) DIG. 46. 1. *De fidej. et mandat.* 52. § 3. f. Papin. — (2) 2. 14. *De pactis.* 27. pr. f. Paul. — (3) 26. 7. *De administ. et peric. tutor. et curator.* 38. f. Papin. — (4) DIG. 14. 1. *De exercitoria action.* 1. § 25. f. Ulp.; 2. f. Gai.; 3. f. Paul.; 4. f. Ulp. — 14. 3. *De institor. act.* 13. § 2. f. Ulp. — (5) 2. 10. *De eo per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat :* 1. § 4. f. Ulp. — 4. 2. *Quod metus causa.* 14. § 15. f. Ulp., et 15. f. Paul. — (6) COD. 4. 8. *De condictione furtiva.* 1. const. Dioclet. et Maxim. — (7) DIG. 9. 3. *De his qui effuderint vel dejecerint.* 1. § 10. f. Ulp. — (8) DIG. 26. 7. *De administ. et peric. tutor.* 55. § 1. f. Tryphon. — (9) 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 11. § 2. f. Ulp. — Voir ci-dessus, n°s 1733 et 1761.

1822. Pour tous les divers cas que nous venons de passer en revue, les jurisconsultes romains n'ont qu'une même expression, être créancier ou être débiteur *in solidum*. Tous ces cas ont cela de commun, pour les créanciers *in solidum* que chacun d'eux a le droit d'exiger, pour les débiteurs *in solidum* que chacun d'eux est tenu de faire le payement en totalité; de manière toutefois qu'un seul payement éteigne la créance ou la dette à l'égard de tous.

Mais si de cet effet général on passe aux détails qui s'y réfèrent, on trouvera entre les divers cas de créances ou de dettes *in solidum* des différences marquées. — Les points principaux sur lesquels se produisent ces différences, ou qui donnent lieu à difficulté, sont ceux de savoir : si par le fait seul des poursuites (*electio, in jus vocatio*) contre un des débiteurs *in solidum*, ou du moins par la *litis-contestatio*, tous les autres codébiteurs sont libérés, ou s'ils ne le sont que par le payement intégral de la dette? — Si un seul des créanciers *in solidum* ayant reçu, ou un seul des débiteurs *in solidum* ayant payé le tout, il y a recours entre eux pour faire partager le profit ou la charge du payement? — Si le débiteur *in solidum* poursuivi peut jouir du bénéfice de division ou de cession d'actions? — Quels sont les effets de la faute ou de la demeure (*mora*) d'un seul, à l'égard des autres; ceux de la novation, du pacte *de non petendo*, de la confusion, de la *minima capitis deminutio*, et de l'interruption de prescription?

1823. Dans le désir de coordonner en système les décisions éparses des jurisconsultes romains sur ces divers points, à l'occasion des divers exemples par eux donnés, on a reçu en crédit de nos jours une certaine classification qui distingue les obligations *in solidum* en deux classes : les unes dites *corréales*, qui seraient celles provenant du contrat *verbis* ou du testament; et les autres dites *in solidum*, qui seraient celles provenant de toutes autres causes : encore ne s'accorde-t-on pas bien sur ces dernières, qui sont loin d'ailleurs d'être soumises toutes à des règles uniformes. — Ces locutions ainsi entendues ont le tort non-seulement d'être étrangères à la jurisprudence romaine (1), mais même d'être mal adaptées, dans leur formation philologique, au sens exclusif qu'on veut leur donner (App. 4, liv. 3.)

Les idées dominantes les plus utiles pour rendre compte des différences ou pour résoudre ces difficultés sont : la considération des contrats ou actes de droit strict, des contrats ou opérations de

(1) Ainsi nous trouvons l'expression *in solidum* employée par les jurisconsultes romains d'une manière générale, pour toutes les diverses hypothèses ou nuances de la solidarité, et nommément pour les cas de *duo rei promittendi* ou *stipulandi*, comme dans ce fragment de Javolenus : « Cum duo eamdem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli *in solidum* debentur, et singuli debent. » (D. 45. 2. *De duob. reis*. 2. f. Javol.; 3. § 1. f. Ulp.; 9. f. Papin.; etc.)

bonne foi, des obligations nées de délits, des lois spéciales faites pour les cofidéjusseurs, enfin des innovations de Justinien et de l'extension par lui donnée à quelques-unes des dispositions de ces lois (1).

1824. Quant à la seconde hypothèse, celle de notre n° 1813, concernant les créanciers ou débiteurs accessoires considérés, non pas entre eux lorsqu'ils sont plusieurs, mais dans les conséquences de leur adhésion à la créance ou à la dette d'un autre, il nous suffira de renvoyer à ce que nous en avons déjà dit (ci-dess., nos 1378 et suiv., 1384 et suiv., 1391 et suiv., 1563 et suiv., 1612 et suiv.).

1825. Enfin il ne reste plus à traiter que de notre troisième hypothèse (ci-dess., n° 1814), qui se sépare d'une manière bien distincte des deux précédentes. — La règle commune, dérivée de la loi des Douze Tables elle-même, est ici que les créances et les dettes se divisent de droit entre les héritiers proportionnellement à leurs parts héréditaires (tom. I, *Hist.*, tab. V, § 9, pag. 105) : « Ea quæ in nominibus sunt... ipso jure in portiones hereditarias ex lege Duodecim Tabularum divisæ sunt (2). » — Mais il peut arriver que les créances ou les obligations soient telles, soit en fait, soit en droit, qu'elles ne comportent pas de division; alors, forcément, par voie de conséquence, il faut que les héritiers (quelquefois un ou quelques-uns d'entre eux seulement) aient la créance ou la dette pour le tout (*in solidum*) : sauf recours entre eux, par l'action *familiæ erciscundæ*, pour les comptes qu'ils auront à s'en tenir : « Ea quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur (3). » Les Romains n'ont pas même une épithète générale pour qualifier ces sortes d'obligations, que nous appelons *indivisibles;* ils n'y emploient que ces périphrases : *quæ divisionem non recipiunt*, ou *non admittunt*, *quæ in partes dividi non possunt*, ou autres semblables; et quant à l'effet principal, ils le désignent par la même expression que dans les hypothèses précédentes : être créancier ou être obligé *in solidum*.

1826. Les exemples principaux que nous trouvons dans les textes d'obligations *quæ divisionem non recipiunt* sont pardessus tout les servitudes prédiales; et aussi les obligations de faire, à de rares exceptions près.

Si l'objet dû est un corps certain, par exemple tel cheval, tel fonds de terre, l'esclave Stichus, les Romains admettent fort bien que chacun des héritiers en devienne créancier ou débiteur pour

---

(1) Notamment au Cod. 8. 41. *De fidejussorib.* 28. const. Justinian., d'après laquelle les divers codébiteurs *in solidum* ne sont plus libérés que par le payement intégral, et non par la poursuite dirigée contre un seul ni par la *litis contestatio*. — Novell. 99. c. 1, d'après laquelle le bénéfice de division paraît étendu à tous codébiteurs *in solidum*, à l'exception de ceux qui sont obligés pour cause de délit. — (2) Cod. 3. 36. *Famil. erc*isc. 6. const. Gord. — Dig. 10. 2. *Famil. erc*isc. 25. §§ 9 et 13. f. Paul. — (3) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 192. pr. f. Marcell.

sa quote-part : pour moitié, pour un tiers, suivant qu'ils sont deux ou trois, et que le payement puisse en être ainsi fractionné et effectué par parties aliquotes. — Mais du moment qu'il s'agit d'une chose de genre, par exemple d'un cheval, d'un esclave *in genere;* ou d'une obligation alternative, par exemple Stichus ou Pamphile : les jurisconsultes démontrent ingénieusement comment il arrive, suivant que le choix appartient au créancier ou au débiteur, que cette sorte de division par quote-part cesse d'être admissible, et que l'obligation demeure *in solidum*. — De même dans le cas où la dation d'un objet certain ou toute autre obligation a été stipulée avec clause pénale, parce que, pour peu qu'il y eût manquement partiel à l'obligation, la clause pénale serait encourue en totalité.

Enfin, dans les cas où il s'agit de la restitution d'un corps certain confié au défunt, par exemple d'une chose donnée en commodat ou en dépôt, celui des héritiers qui détient la chose est obligé *in solidum* à en faire la restitution. — Le cas de dépôt, lorsque c'est le déposant qui est mort laissant plusieurs héritiers, est soumis, pour la restitution, à quelques règles particulières (1).

1827. Les effets des obligations *quæ divisionem non recipiunt* ne sont pas identiques dans toutes ces espèces, puisque l'indivisibilité n'y est pas toujours due aux mêmes causes et n'y a pas toujours la même nature. Le Digeste nous a conservé un fragment des œuvres de Paul, dans lequel ce jurisconsulte nous signale avec élégance les différences essentielles (2). Il y en a d'autres encore à y joindre.

1828. Bien que ces effets se rapportent principalement au cas de plusieurs héritiers succédant au créancier ou au débiteur, la plupart se produisent cependant encore dans le cas de créances ou d'obligations formées dès l'origine entre plusieurs : de telle sorte que le caractère d'indivisibilité des obligations agit dans chacune des trois hypothèses que nous avons distinguées aux nos 1812, 1813 et 1814. — Et même n'y eût-il qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur, ce caractère ne serait pas sans une certaine influence : car les impossibilités de division provenant de la nature des choses commanderont toujours même à la volonté des parties.

---

(1) Voici les textes principaux à consulter sur ce sujet des obligations indivisibles, que nous ne pouvons approfondir ici davantage. — Dig. 8. 1. *De servit.* 17. f. Pomp.; 19. f. Paul. — 8. 5. *Si serv. vindicet*. 4. § 3. f. Ulp. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 20. § 5. f. Ulp.; 25. §§ 9 à 15. f. Paul; 44. § 5. f. Paul. — 10. 3. *Comm. divid.* 19. § 4. f. Paul. — 12. 6. *De condict. indeb.* 26. §§ 13 et 14. f. Ulp. — 13. 6. *Commodat*. 3. § 3. f. Ulp. — 16. 3. *Deposit*. 1. § 36. f. Ulp. — 32. *De legat.* 11. §§ 23 et 24. f. Ulp. — 35. 2. *Ad leg. Falcid.* 80. § 1. f. Gai. — 38. 1. *De oper. libertor.* 3. § 1. f. Pomp.; 15. 1. § 1. f. Ulp. — 45. 1. *De verb. oblig.* 2. f. Paul., 3. f. Ulp., 4. f. Paul., 5. § 4. f. Pomp., 54. f. Julian., 72. pr. f. Ulp., 85. f. Paul., 139. f. Venulej. — 46. 3. *De solut.* 9. § 1; 29. f. Ulp., 25. f. Pomp. — 46. 4. *De acceptilat.* 13. § 1. f. Ulp. — 50. 17. *De regul. jur.* 192. pr. f. Marcell. — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 85. f. Paul.

# RÉSUMÉ DU LIVRE QUATRIÈME.

## (TITRE I A V.)

---

### *Obligations qui naissent d'un délit.*

Le délit ne consiste pas, en droit romain, dans tout fait nuisible et illicite commis avec mauvaise intention. Pour qu'il y ait délit, il faut que le fait nuisible dont il s'agit ait été spécialement prévu et caractérisé comme tel par la législation, et qu'une action particulière y ait été attachée. — Tels sont le vol, le rapt, le dommage spécialement prévu par la loi Aquilia, l'injure.

### *Vol.*

Le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose, pour tirer avantage soit de la chose même, soit seulement de son usage ou de sa possession. — Il ne peut avoir lieu que sur les choses mobilières. — On le distingue en vol manifeste ou non manifeste. Les espèces d'actions particulières, dans les cas de vol *conceptum, oblatum, prohibitum* ou *non exhibitum*, n'existent plus sous Justinien. — Plusieurs actions naissent du vol : l'action de vol (*actio furti*), la *condictio furtiva;* outre la vendication et l'action *ad exhibendum,* qui peuvent avoir lieu. — L'action de vol est une action pénale, pour le quadruple dans le cas de vol manifeste, d'après la législation prétorienne, et pour le double dans le cas de vol non manifeste, d'après la loi des Douze Tables. Ce qui doit être doublé ou quadruplé, ce n'est pas l'estimation corporelle de la chose, mais l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que la chose ne fût pas volée (*quod actoris interfuit*). Cette action se donne à celui qui était intéressé à ce que le vol n'eût pas lieu. Ainsi, plusieurs personnes peuvent l'intenter à la fois, par exemple le nu propriétaire, l'usager et l'usufruitier, chacun pour son intérêt. Il est possible même que le propriétaire ne l'ait pas; par exemple, si celui dans les mains de qui la chose a été volée lui en répondait. — La *condictio furtiva,* la vendication, l'action *ad exhibendum,* appartiennent toujours au propriétaire de la chose. Elles lui sont données pour poursuivre la restitution de sa chose : par la condiction contre le voleur, comme personnellement obligé à la rendre; et par la vendication ou l'action *ad exhibendum,* contre tous possesseurs. Aussi dit-on que ces actions sont persécutoires de la chose. — L'action *furti* est indépendante des autres et se cumule avec elles; il n'en est pas de même des actions persécutoires de la chose : la restitution obtenue par l'une d'elles, les autres cessent.

### *Actions des biens ravis par violence.*

L'action des biens ravis par violence (*vi bonorum raptorum*) a été introduite par l'Édit du préteur. — Elle n'a lieu, comme celle de vol, que pour les choses mobilières. — Elle se donne pour le quadruple dans l'année du délit, y compris la valeur de la chose, et après l'année pour le simple. Elle est à la fois pénale et persécutoire de la chose, puisque la valeur de la chose est comprise dans le quadruple, de telle

sorte que la peine n'est que du triple. — Le fait qu'il y a eu violence n'empêche pas qu'il n'y ait vol, de telle sorte que c'est à la partie intéressée à choisir l'action qui lui sera la plus avantageuse, de l'action *furti* ou de celle *vi bonorum raptorum*.

### *Loi* Aquilia.

La loi *Aquilia,* sur le dommage causé contrairement au droit (*damnum injuria datum*), contenait trois chefs. Le premier relatif à celui qui aurait tué, contrairement au droit (*injuria*), un esclave ou un animal quadrupède de ceux qui paissent en troupeaux. La loi donne contre lui une action pour la plus haute valeur que la chose a pu avoir dans l'année précédant le délit. — Le second chef était relatif à l'adstipulateur qui aurait libéré le débiteur par acceptilation, et éteint ainsi la créance en fraude du stipulant. Il est tombé en désuétude avec l'usage même des adstipulateurs. — Le troisième chef était relatif au dommage causé à tort par la destruction de toute chose autre que les esclaves et les quadrupèdes dont la nature est de paître en troupeaux; comme aussi par la lésion, la dégradation, la rupture de toute chose. La loi donne contre le délinquant une action pour la plus haute valeur de la chose, dans les trente derniers jours avant le délit. — Il faut distinguer de l'action *directe* de la loi Aquilia l'action *utile* (*utilis Aquiliæ*) et l'action *in factum.* — L'action directe n'a lieu que lorsque le dommage a été occasionné *corpore et corpori.* — Si la première de ces conditions n'est pas remplie, il peut y avoir l'action utile de la loi Aquilia. — Mais lorsque c'est la seconde qui manque, c'est-à-dire lorsque le dommage ne consiste dans la lésion, dans la dégradation d'aucun corps, il n'y a jamais lieu à l'action directe ni à l'action utile de la loi Aquilia : il y a lieu seulement à l'action *in factum.*

### *Injures.*

Le mot *injuria,* dans l'action *injuriarum,* se prend dans le sens particulier d'un affront, d'un outrage (*contumelia,* du verbe *contemnere*). — L'injure peut avoir lieu par des faits ou par des paroles; — mais jamais sans l'intention d'injurier, de la part de celui qui la fait. — On la reçoit ou directement par soi-même, ou par d'autres personnes placées sous notre puissance ou sous notre protection. Ainsi, le chef de famille se trouve injurié dans la personne de ses enfants, mais seulement de ceux qu'il a en sa puissance; et le mari dans la personne de sa femme, quoiqu'il ne l'ait pas *in manu.* — Dans ces cas, il y a autant d'actions et de condamnations distinctes que de personnes injuriées. — La peine des injures avait été établie par la loi des Douze Tables, dont les dispositions ne sont plus en vigueur; puis par le droit prétorien; et par la loi *Cornelia,* mais seulement dans quelques cas particuliers précisés par cette loi. — D'après le droit prétorien, le demandeur estime la réparation qu'il demande pour l'injure, sauf au juge à accorder moins. — L'injure peut être plus ou moins grave, selon le fait, le lieu ou la personne à qui elle a été adressée. Ces considérations doivent entrer dans l'appréciation de la peine.

L'action d'injure s'éteint par la dissimulation (*dissimulatione*), c'est-à-dire par la remise, par l'abandon tacite qu'on semble en avoir fait, si on n'a témoigné aucun ressentiment de l'injure au moment même où on l'a reçue. — Dans le cas contraire elle se prescrit par un an, c'est-à-dire

si on est resté un an sans agir. — Ou bien si on est mort sans l'avoir intentée. — Du reste, rien n'empêche, tant pour le cas d'injures que pour les autres délits, quand il y a lieu, d'agir ou civilement ou criminellement si on préfère la poursuite criminelle.

### *Obligations qui naissent comme d'un délit.*

Lorsque les faits nuisibles et illicites n'ont pas été caractérisés par la législation comme un délit, et pourvus, à ce titre, d'une action propre et spéciale, ils peuvent donner lieu à une action générale et commune, une action *in factum*. On dit alors que l'obligation naît comme d'un délit (*quasi ex delicto*), d'où l'on a fait, dans la langue moderne, l'expression de *quasi-délit*. — Tels sont, par exemple, les cas du juge qui a fait le procès sien (*qui litem suam fecit*); du chef de famille responsable des dégâts causés par ce qui a été jeté ou répandu de son habitation (*de dejectis et effusis*); de celui qui a suspendu ou posé des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique (*de periculose positis et suspensis*); enfin du capitaine de navire et de l'aubergiste, passibles d'une action pour les vols ou autres dommages frauduleux commis dans le navire ou dans l'auberge par quelques-uns des gens qui y sont employés.

### *Sources ou causes des obligations naturelles.*

Parmi ces causes, il en est qui tiennent au caractère particulier du droit romain, et qui, par conséquent, sont spécialement propres à ce droit. — Telles sont celles qui tiennent aux règles rigoureuses du droit romain sur les contrats : obligations naturelles provenant des simples pactes; — ou bien aux règles rigoureuses sur la condition des personnes : obligations naturelles de l'esclave; obligations naturelles entre personnes qui, quoique faisant partie de la même famille, contractent ensemble.

Il en est d'autres qui ne tiennent pas aux particularités du droit romain, mais qui sont fondées sur des considérations plus générales, susceptibles d'application même en dehors de ce droit. Elles se présentent dans des cas où la loi civile, considérant comme nulles ou comme éteintes certaines obligations, par suite de présomptions générales tirées de ce qui arrive le plus souvent, les parties intéressées apprécient néanmoins, dans leur conscience, que la présomption se trouve démentie à leur égard, et que l'obligation doit recevoir effet : obligations naturelles dans les cas de prescription, ou de sentence absolutoire; — obligation naturelle de l'héritier exécutant des dispositions irrégulières, afin de mieux remplir les intentions du défunt, ou les exécutant sans faire les retenues qu'il aurait droit de faire; — obligation naturelle du pupille; — à l'égard du fou ou du prodigue, la jurisprudence romaine, quoique incertaine, paraît tendre à ne pas reconnaître d'obligation naturelle.

Toutes les obligations naturelles ne produisent pas tous les effets réunis de ces sortes d'obligations : possibilité d'exception ou de compensation, validité du cautionnement, du payement, de la novation, de la ratification. Il en est qui les produisent tous : telles sont notamment celles indiquées dans notre première catégorie. Il en est d'autres dans lesquelles il ne peut être question d'exception ni de compensation : telles sont celles de la seconde. L'effet de ces dernières sortes d'obligations naturelles se borne à servir de cause suffisante pour soutenir le cautionnement, et le payement, la novation, ou la ratification, lorsqu'ils ont été faits sciemment.

***Obligations alternatives.* — *Obligations* pro parte *ou* in solidum. — *Obligations* quæ divisionem recipiunt, *ou* non recipiunt.**

Les éléments essentiels d'une obligation peuvent se multiplier de telle sorte qu'il y ait : — soit pluralité d'objets de l'obligation; soit, pour une même chose due, pluralité de créanciers, ou de débiteurs, ou des uns et des autres.

La pluralité d'objets se rencontre dans l'obligation alternative : *illud aut illud,* dont les effets varient suivant que le choix appartient au débiteur ou au créancier.

La pluralité de créanciers ou de débiteurs peut se rencontrer dans diverses circonstances qu'il est nécessaire de ne pas confondre entre elles. La question est alors de savoir si la créance ou la dette se divise *pro parte* entre chacune de ces personnes, ou si chacune d'elles est créancière ou débitrice *in solidum.* — Bien que la division *pro parte* soit la règle commune, les cas de créances ou de dettes *in solidum* sont nombreux dans la jurisprudence romaine, mais les conséquences de l'obligation *in solidum* n'y sont pas toujours les mêmes.

La circonstance qu'une obligation, par des raisons de fait ou par des raisons de droit, n'est pas susceptible d'être divisée (*quæ divisionem non admittunt,* ou *non recipiunt*), met obstacle à la division *pro parte,* même dans les cas où cette division devrait avoir lieu en principe, et produit ainsi une sorte d'obligation *in solidum* qui a ses effets particuliers. C'est là ce que nous nommons aujourd'hui obligation *indivisible.*

---

## TITULUS VI. / TITRE VI.

### DE ACTIONIBUS. / DES ACTIONS (1).

**1829.** L'idée génératrice de ce qu'on appelle *action* dans la langue du droit nous est déjà connue (tom. I, *Génér.,* nos 239 et suivants).

(1) La matière des actions en droit romain, depuis les nouveaux documents fournis sur ce point par le manuscrit de Gaius, a été explorée déjà par tant d'écrivains allemands, soit en des traités généraux, soit en des livres spéciaux ou en des monographies, qu'elle commence à être encombrée. TIGERSTROEM (1826), HEFFTER et KELLER (1827), ZIMMERN (1829), MAYER (1830), BECHMANN-OLWEG (1834), REIN (1836), WALTER, dont M. LABOULAYE nous a donné une excellente traduction, et BACHOFEN (1840), PUCHTA (1842), en dernier lieu *de* SAVIGNY, dans son *Traité de droit romain,* dont nous avons une traduction, tom. 5, 6 et 7 (1846 à 1850); parmi nous M. BONJEAN (1838 et 1841) : tels sont les auteurs principaux à citer à ce sujet.

Tout en profitant des écrits de mes devanciers, dans le cadre plus restreint que m'impose la nature de mon travail, il est deux points auxquels je me suis spécialement attaché : le premier, c'est de rechercher, de faire voir comment les divers systèmes de procédure romaine et les institutions de détail qui s'y rattachent ont été engendrés successivement les uns par les autres; le second, c'est de répandre le plus de clarté possible sur ces matières souvent obscures, et de les résumer, d'époque en époque, en quelques tableaux d'ensemble vifs et animés.

Elle se déduit de cette réflexion, que le droit, par lui-même, est une règle inerte; qu'il faut, pour lui donner le mouvement, une puissance, et pour mettre en jeu cette puissance un procédé. D'où, dans toute société, en tout temps et pour toute espèce de droits, ces trois parties constitutives et indispensables : 1° le droit; 2° l'organisation des juridictions et des pouvoirs divers qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire; 3° la procédure.

1830. L'action (de *agere*, agir), dans le sens propre et naturel du mot, est le recours à l'autorité pour faire valoir ses droits d'une manière quelconque, soit en demandant, soit en défendant; l'acte même de recourir ainsi au pouvoir institué à cet effet.

Puis des figures de langage viennent donner au mot diverses autres acceptions. Ainsi, dans un sens figuré, action n'est plus l'acte lui-même, c'est le droit de faire cet acte; c'est-à-dire le droit de former ce recours à l'autorité.

Enfin, dans un troisième sens, figuré comme le second, ce n'est plus ni l'acte lui-même, ni le droit de faire cet acte, c'est le moyen qui vous en est donné, la forme qui est à votre disposition pour exercer ce recours.

Voilà donc trois significations différentes pour le mot action : dans la première, l'action est un fait; dans la seconde, un droit; dans la troisième, un moyen, une forme. Ces trois significations sont toutes usitées dans la langue juridique. Pour être d'accord sur la définition, il faut donc commencer par s'accorder sur celle des trois acceptions dans laquelle on veut se placer.

1831. Jusqu'ici nous parlons abstraction faite du droit romain, à prendre les choses en elles-mêmes, selon la raison universelle, et dans leur étendue la plus large. Chaque législation vient ensuite apporter ses spécialités. Aussi, dans le droit romain, outre les significations générales, qui sont vraies partout et toujours, trouverons-nous pour le mot *actio* d'autres significations techniques, plus ou moins étroites, qui ont varié suivant les époques et suivant les systèmes divers de procédure.

1832. Ces systèmes, nous le savons, sont au nombre de trois : celui des actions de la loi (*legis actiones*); celui de la procédure par formules (*per formulam*), nommée aussi procédure ordinaire (*ordinaria judicia*); et enfin celui de la procédure extraordinaire (*extraordinaria judicia*). Chacun d'eux présente cette double étude à faire : 1° l'organisation des juridictions et des différents pouvoirs qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire; 2° la forme de procéder. Nous avons déjà tracé le caractère saillant de ces trois systèmes, et donné les notions les plus générales qui s'y réfèrent (tom. I, *Génér.*, n°s 243 et suiv.; *Hist.*, passim, notamment, n°s 140 et suiv., 160 à 177, 237 à 260, 279 et suiv., 392 et suiv.). Il s'agit maintenant d'entrer dans quelques détails, en évitant le plus possible les redites

## PREMIER SYSTÈME. *Des actions de la loi* (legis actiones).

### *Origine et caractère général de ce système.*

1833. Ce système est celui qui ouvre l'histoire du droit romain. Il remonte aux premières origines nationales. Il contient à un haut degré les divers caractères d'une civilisation grossière et dans son enfance : le symbolisme matériel, un rituel de pantomimes et de paroles consacrées, la domination patricienne et l'influence pontificale. Il a régné exclusivement, pour les citoyens, plus de cinq siècles et demi (depuis le commencement de Rome, suivant sa chronologie, jusqu'à la loi ÆBUTIA, en 577 ou 583). Cependant, diverses modifications, qu'il a subies successivement, attestent dans la société romaine, à mesure qu'elle progressait, une tendance de plus en plus marquée à s'en affranchir. Pendant qu'il régnait seul encore sur les citoyens, une juridiction établie pour les étrangers (la juridiction du préteur pérégrin, à partir de l'an 507 de Rome) donnait graduellement naissance au système qui devait plus tard le remplacer. Enfin, il est tombé sous la haine populaire (en vertu d'abord de la loi ÆBUTIA) : non pas tout d'un coup, dans toutes ses parties, mais peu à peu; conservé longtemps encore en vestiges, soit réellement, dans quelques cas exceptionnels, soit par fiction, dans quelques emplois simulés. Cette dernière trace n'est effacée entièrement que par Justinien. De sorte qu'il n'y a pas une séparation de temps brusque et tranchée entre le système des actions de la loi et le système formulaire venu après lui. Il n'y a pas de l'un à l'autre succession immédiate et remplacement radical. Ils se fondent l'un dans l'autre, et les vestiges de l'un s'étendent encore sous le règne de l'autre. Il faut en dire autant du troisième système, qui resta seul en dernier lieu, celui de la procédure extraordinaire.

1834. Le mot action, dans cette expression, actions de la loi (*legis actiones*), désigne une sorte de procédure considérée dans son ensemble. Ainsi, quand on dit qu'il y a cinq actions de la loi, cela veut dire qu'il y a, dans ce système, cinq sortes de procédures déterminées et sacramentelles.

1835. Nous savons que ces cinq actions de la loi sont : l'*actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, et la *pignoris capio* (1). Elles ne sont pas classées ainsi dans leur ordre chronologique; mais elles sont groupées selon leur destination : les trois premières sont trois formes différentes de procéder pour arriver au règlement et à la décision d'un litige, véritablement des formes de procès; les deux dernières sont plus particulièrement des formes d'exécution forcée. Entre toutes, l'*actio sacramenti* et la *manus injectio* sont incontestablement les plus antiques; elles offrent la forme de procès et la voie

(1) GAI. Comm. 4. § 12.

d'exécution des temps primitifs. La *condictio* est la plus récente des cinq; elle est de deux siècles postérieure aux Douze Tables; tandis que les quatre autres sont antérieures à ces Tables, où elles nous apparaissent encore en quelques vestiges (t. I, *Hist.*, n° 141). Ces dates ne sont pas sans signification, nous en tirerons quelque lumière pour des problèmes intéressants.

1836. A proprement parler, par action de la loi on n'entend pas toute la procédure, y compris celle qui a lieu devant le juge, jusqu'à la sentence, ou décision du litige; on entend seulement le rite consacré qui s'accomplit devant le magistrat (*in jure*) et après lequel, s'il y a lieu, on est renvoyé devant l'autorité qui doit juger. Le magistrat est le seul qui ait pouvoir de présider à l'accomplissement de l'action de la loi (*apud quem legis actio est*). Aussi, comme la *pignoris capio* était une voie d'exécution qui s'accomplissait, non pas *in jure*, mais hors de la présence du magistrat, Gaius nous dit-il que c'était une question controversée entre les jurisconsultes romains, que de savoir si la *pignoris capio* était véritablement une action de la loi (1).

1837. Malgré le sens technique du mot action dans ces expressions *actions de la loi*, où il désigne exclusivement une sorte de procédure consacrée, c'est-à-dire la forme, le moyen mis à la disposition de celui qui veut faire valoir son droit, nul doute qu'on ne puisse aussi, même sous ce premier système, donner au mot action, en l'employant généralement, les deux autres significations qui lui appartiennent : celle du fait, ou celle du droit. Ainsi, lorsque Gaius nous dit constamment : « Lege agimus sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem (2), » il désigne le fait, l'acte même d'agir; le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio* ne sont que des formes employées pour cet acte. De même lorsque les jurisconsultes romains nous disent que les actions *familiæ erciscundæ*, *finium regundorum*, *de tigno juncto*, *de aqua pluviæ*, *in duplum ex causa depositi*, les diverses actions *furti*, et tant d'autres encore, viennent des Douze Tables (3), ils entendent par action le droit lui-même d'agir, et non la forme; la forme à cette époque ne pouvant être que celle des actions de la loi, puisqu'il n'en existait pas d'autre.

1838. Ici je dois signaler quelques principes caractéristiques des actions de la loi qui ne sont absolument vrais que sous le régime de ces actions, et que souvent on généralise trop en les

(1) Gai. Comm. 4. §§ 26 et 29. — (2) Gai. Comm. 4. §§ 12. 20. 21. 26. 31. etc. — (3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. pr. f. Gai. — 10. 1. *Fin. regund.* 13. f. Gai. — 47. 3. *De tign. juncto.* 1. pr. f. Ulp. — 43. 8. *Ne quid in loco publ.* 5. f. Paul. — Paul. *Sentent.* 2. 12. § 11 Voir aussi tom. I, *Hist.*, les fragments des Douze Tables, avec les notes qui s'y réfèrent, tab. V, § 10; VI, § 9; VII, § 8; VIII, § 19.

appliquant même aux systèmes de procédure qui ont suivi. Il importe de se mettre en garde dès l'abord contre cette confusion.

1839. La procédure des actions de la loi est une procédure éminemment quiritaire, les citoyens romains seuls pouvaient y figurer (1). Dans le second et dans le troisième système de procédure, la même règle n'est plus applicable (2). Je suis même convaincu que c'est l'accroissement des relations avec les pérégrins, et la nécessité de rendre la justice dans les affaires où ils étaient mêlés, qui ont suscité et développé les premiers germes du second système de procédure, celui de la procédure formulaire.

1840. C'est dans la procédure des actions de la loi que règne le principe, que nul ne peut agir par représentant : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* (3). » Chacun doit, en personne et pour son propre compte, accomplir le rite et prononcer les paroles consacrées. Il n'y a que quelques rares exceptions, introduites successivement. D'abord pour le peuple (*pro populo*), soit dans des litiges où il a besoin d'agir ou de défendre pour des intérêts qui lui appartiennent, et où il faut bien, de toute nécessité, qu'il puisse être représenté, soit dans les actions populaires, ouvertes à tous; pour la liberté (*libertatis causa*), dans les réclamations de liberté en faveur de celui qui est détenu en servitude; et ensuite pour trois autres cas moins généraux ou venus postérieurement. On parvint, sous le système formulaire, à échapper complétement à ce principe (4), et il n'en est plus question sous le troisième.

1841. C'est encore dans les actions de la loi que les actes et les paroles prescrits forment une sorte de rite tellement sacramentel, que si une seule de ces paroles est changée, si par exemple celui qui agit pour des vignes coupées nomme dans son action les vignes (*vites*), au lieu du mot générique arbres (*arbores*) employé par les Douze Tables, le procès est perdu (5). Il n'en est pas de même dans la procédure formulaire, dans laquelle on a eu encore pour but spécial d'échapper à ce formalisme rigoureux (6); ni, à plus forte raison, dans le troisième système.

---

(1) Au nombre des droits communiqués aux Latins, se trouvait celui d'agir par action de la loi (*lege agere*). Voir CICÉRON, *Pro Cæcina*, c. 35. — (2) GAI. Comm. 4. § 37. — (3) DIG 50. 17. *De regul. jur.* 123. f. Ulp. — (4) GAI. Comm. 4. § 82. « *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno :* alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim, quandiu *solæ* legis actiones in usu fuissent alterius nomine agere non liceret; *nisi* pro populo *et libertatis causa.* » — Les Instituts de Justinien (4. 10. pr.) ajoutent deux autres exceptions : *Pro tutela*, et *ex lege Hostilia*, dans certains cas de vol. Cicéron nous indique un cinquième cas au sujet de l'action *repetundarum* qui pouvait être intentée par un citoyen pour un pérégrin. (CICÉR. *In Cæcil.* c. 4. 16 et 20. — LEX SERVILIA, c. 4 et 5.) — Enfin, on peut remarquer que le *vindex*, qui prend la cause de la personne actionnée et s'oblige à payer pour elle, est ainsi admis à intervenir pour autrui dans l'action de la loi. (tom. I, *Hist.*, table I, § 4, p. 98, et table III, § 3, p. 101.) — (5) GAI. Comm. 4. § 11. — (6) *Ibid.* § 30.

1842. Enfin cette maxime que l'action une fois introduite et rejetée pour une cause quelconque, par exemple pour un vice de forme, est éteinte de plein droit, définitivement usée, et ne peut plus être reproduite, cette maxime n'est d'une vérité absolue que pour les actions de la loi. Elle n'est conservée, sous le système formulaire, que dans certaines sortes d'instances, et elle disparaît en réalité dans le troisième système (1).

1843. En sens inverse, ce serait une erreur d'appliquer aux actions de la loi ce principe que toutes les condamnations sont pécuniaires, c'est-à-dire que le juge, quelle que soit la chose demandée, ne peut jamais condamner la partie qui succombe qu'au payement d'une somme d'argent. Ce principe n'est vrai que dans la procédure formulaire. Il n'existe pas encore sous les actions de la loi, dont le résultat est de faire obtenir à celui dont le droit est reconnu l'objet même de son droit, à moins d'impossibilité (2). Le principe est également étranger à la procédure extraordinaire, à ne considérer que la nature propre et originaire de cette procédure. Aussi s'évanouit-il sous ce troisième système de procédure, sans qu'on puisse bien marquer l'époque de sa disparition (3).

1844. Ces prémisses posées, occupons-nous d'abord du premier objet à considérer : quelle est la puissance qu'il s'agit de faire fonctionner au moyen des actions de la loi? En d'autres termes, quelle est l'organisation des juridictions et des pouvoirs divers qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire, sous l'empire de ces actions? Aux connaissances générales que nous avons déjà données sur cet objet (notamment tom. I, *Génér.*, nos 247 et suiv.), ajoutons quelques particularités.

### *Organisation de la puissance juridique et judiciaire sous le régime des actions de la loi.*

1845. La première question qui se présente ici est celle de savoir si dès l'origine, dans le système des actions de la loi, a été établie cette séparation profonde et caractéristique, que nous avons déjà signalée (tom. I, *Génér.*, nos 247 et suiv.) entre le *jus* et le *judicium*, le *magistratus* et le *judex*, le pouvoir public de juridiction et la mission particulière de statuer sur une cause

(1) Gai. Comm. 4. § 108 : « Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat. » — (2) *Ibid.* § 48 : « Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque... judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (*sed*) æstimata re pecuniam eum condemnat. » — (3) La règle que la sentence du juge est, soit d'une somme d'argent, soit de la chose même réclamée, est établie dans les Instituts de Justinien, 4. 6. § 32 : « Curare autem debet judex ut... certæ pecuniæ *vel rei* sententiam ferat. » — Et dans le Code de Justinien, 7. 4. *De fideic. libert.* 17, une constitution de Justin nous prouve qu'à cette époque c'est là un droit constant et consacré déjà de longue main, puisque l'empereur ne croit pas que, dans tel cas donné, aucun juge fût assez stupide pour substituer une condamnation pécuniaire à l'objet même de la demande.

donnée? En d'autres termes, si dès l'origine, le magistrat public investi de la juridiction, après que le rite de l'action de la loi avait été accompli devant lui, se déchargeait du soin de décider la contestation, sur un juge privé qu'il donnait aux parties, pour leur cause seulement, ou bien s'il la jugeait lui-même?

1846. L'existence de cette séparation, à une certaine époque du système des actions de la loi, est incontestable. Ainsi, les deux actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem* consistent précisément dans la dation d'un juge. La question ne reste donc que pour la plus antique action de la loi, pour l'action *sacramenti*. Encore voyons-nous, par Gaius, que même dans le *sacramentum*, une loi PINARIA, sur laquelle nous n'avons pas d'autres renseignements, avait établi des règles relatives à la dation du juge. Mais, premier doute : cette loi PINARIA n'avait-elle fait que statuer sur le délai dans lequel le juge devrait être donné, ou avait-elle introduit pour la première fois l'usage de la dation du juge (1)? Second doute : quelle est la date de cette loi?

Quoi qu'il en soit sur ces deux points, ce qu'il y a de certain, c'est que la loi des Douze Tables, même dans les fragments qui nous sont parvenus, dans sa fameuse formule SI IN JUS VOCAT, et dans plusieurs autres (tom. I, *Hist.*, tab. I, § 1; II, § 2; III, § 2; VII, § 5; IX, § 3, et XII, § 3), porte la trace irrécusable de la distinction formelle entre le *jus* et le *judicium*, entre le magistrat et le juge ou arbitre, comme d'une chose non pas nouvelle mais bien préexistante. Il reste donc indubitable que cette distinction est d'une haute antiquité dans les origines du droit romain; qu'on pourrait la révoquer en doute tout au plus pour les temps primitifs et presque fabuleux, où toute espèce de documents nous manquent. Et même pour ces premiers temps, je suis porté à croire que le magistrat, le *rex*, a pu, selon le cas, comme cela s'est pratiqué évidemment par la suite, ou terminer lui-même l'affaire par son pouvoir, ou la donner à juger à un juge. Ainsi pourrait s'expliquer le dire des historiens, qui présente le roi, il faut en convenir, comme rendant lui-même la justice dans toutes ses parties (2).

---

(1) Voici le fragment de GAIUS décrivant les formes de l'action *sacramenti* (Comm. 4. § 15) : « Ad judicem accipiendum venirent, postea *vero* reversis dabatur... XXX judex (le sens est probablement *die trigesimo*) : *idque* per legem PINARIAM factum est; ante eam autem legem... dabatur judex. » Cette malheureuse lacune d'un seul mot laisse la notion indécise. Faut-il la remplir avec M. HEFFTER par le mot *nondum?* le sens sera qu'avant la loi PINARIA on ne donnait pas encore de juge dans l'action *sacramenti*. Faut-il la remplir avec M. BUTTMANN par le mot *confestim* ou par le mot *statim*, selon M. HOLLWEG, à l'avis duquel se range M. BLONDEAU? le sens sera qu'avant la loi PINARIA le juge était donné sur-le-champ, sans attendre le trentième jour. — (2) CICÉRON, dans son traité de la République, V, 2, dit positivement, en parlant de l'époque royale : « ... Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis. » — Il dit dans son traité des Lois, III, 3, en parlant du préteur : « Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto. » — Voir aussi Denys d'Halicarnasse, ci-après, p. 479, note I.

1847. Cela posé, voyons quels ont été les magistrats, et quels ont été les juges, du temps des actions de la loi.

On caractérise l'office du magistrat, en notre matière, en disant qu'il a la *jurisdictio* et l'*imperium*. — La *jurisdictio*, c'est-à-dire la diction, la déclaration du droit, dans toutes les variétés d'attribution qu'elle comporte : soit en général et pour tous, comme par l'émission des édits ; soit entre particuliers, dans les causes privées. Ces trois mots, *do, dico, addico*, en sont le résumé (1). — L'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir de commandement et de contrainte, le droit de disposer de la force publique pour mettre ses ordres à exécution. La *jurisdictio*, proprement dite, ne va pas sans un certain *imperium*, et il y a un grand nombre d'actes qui tiennent à la fois de l'un et de l'autre. C'est ce pouvoir, inhérent à la juridiction civile, qui se nomme *imperium mixtum*, par opposition au *merum imperium*, ou droit de glaive contre les délinquants, qui est aussi uni à la *cognitio* en matière criminelle (2). — Bien que cette analyse et ces diverses distinctions n'aient été développées par les jurisconsultes romains que plus tard, à mesure que la science du droit s'est formée, le fond en existe déjà sous le régime des actions de la loi. Ainsi, dans le procès, c'est devant le magistrat (*in jure*) que s'accomplit le rite des actions de la loi, c'est lui qui dit le droit sous une multitude de formes, c'est lui qui donne le juge aux parties et qui l'investit de sa mission ; c'est lui qui commande, qui dispose des moyens de contrainte, et c'est à lui qu'il faut revenir pour l'exécution de la sentence.

1848. Dans l'antiquité du droit, à son époque éminemment patricienne et sacerdotale, le collége des pontifes a joué dans les actions de la loi un rôle important, qui ne nous est pas bien défini. Son influence apparaît d'une manière évidente, et dans la vieille action du *sacramentum*, et dans la *pignoris capio* (tom. I, *Génér.* n° 261). Même pour le temps postérieur aux Douze Tables, Pomponius nous dit : « Et actiones apud collegium pontificum erant (3). » Nous savons que c'étaient les pontifes qui avaient composé le rituel des actions de la loi, qui en rédigeaient les

---

(1) VARRO. *De ling. latin.* V. 4. — MACROB. *Sat.* I. 16. — OVID. *Fast.* I. vers 47. *Do*, donner une action, une possession des biens ; *dico*, dire droit, émettre des édits, des interdits ; *addico*, attribuer, par diction du droit, une propriété, un juge aux parties. — Voir cette dernière expression dans les Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. I. § 7, p. 99. — (2) Ulpien s'exprime ainsi sur la *jurisdictio* et sur l'*imperium* : « Jus dicentis officium latissimum est : nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare. » DIG. 2. 1. *De jurisdict.* 1. f. Ulp. — « Imperium aut merum aut mixtum est. Merum imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *potestas* appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. » *Ibid.* 3. f. Ulp. — (3) « Omnium tamen harum (Leg. Duob. Tabul.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant : ex quibus constituebatur quis quoquo anno præesset privatis. » DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 6. f. Pomp.

paroles sacramentelles pour leurs divers cas d'application, qui en étaient les dépositaires et les interprètes; enfin qui, par la fixation des jours fastes ou néfastes, déterminaient à chacun quand il pourrait ou ne pourrait pas agir : aussi est-ce à eux qu'on en déroba plus tard le secret (tom. I, *Hist.* n°s 41 et suiv., 140 et suiv., 176 et suiv.). Mais l'expression de Pomponius ne dit-elle que cela? A la prendre dans le sens consacré, cette locution *actio apud eum est* semblerait signifier que l'action de la loi devait s'accomplir devant le collége des pontifes, ou du moins devant celui qui, selon les paroles du même Pomponius, était choisi entre les pontifes pour présider durant l'année aux affaires privées (*qui præesset privatis*); c'est-à-dire que le collége avait lui-même la juridiction, du moins par son délégué : ce qui a pu être vrai pour les temps primitifs.

1849. Cependant, au dire des historiens, du moment qu'il est mention du roi, c'est lui qui est présenté comme le magistrat chargé de la *jurisdictio* et de l'*imperium*. Il est vrai que le roi n'est lui-même que le premier pontife, le régisseur choisi par la caste patricienne (1).—Après lui viennent les deux consuls (an de Rome 245) (2). — Puis le préteur, avec la charge expresse de la juridiction et de l'*imperium* inhérent à elle (an de Rome 387) (3). — Enfin, et à partir de la même époque, les deux édiles curules, investis d'une juridiction spéciale : en matières de ventes faites au marché public, principalement de ventes d'esclaves et d'animaux; en matière de poids et mesures, et de divers objets semblables (4). — Quant au préteur pérégrin, il est créé à une époque où le système des actions de la loi est encore le seul existant (an 507). Mais il y reste étranger tant qu'il n'exerce sa juridiction qu'à l'égard des pérégrins, parce que la procédure éminemment quiritaire des actions de la loi ne peut pas être communiquée à ceux-ci. Aussi est-il obligé d'en créer une autre à leur usage,

(1) DENYS D'HALIC. II, 14. « Ac regis quidem hæc munia eximia esse jussit : primum, ut sacrorum et sacrificiorum principatum haberet, et omnes res divinæ ac piæ per eum agerentur : deinde ut legum ac morum patriorum custos esset, et omnis juris naturalis et ex communi hominum consensu pactoque scripti curam gereret. » — Et ailleurs, X. 1 : « Olim eorum reges jus petentibus constituebant, atque lites dirimebant : et quod ab illis fuisset judicatum, id vim legis habebat. » (*Traduct. latine.*) — Voir aussi, page 477, note 2, le passage de Cicéron qui y est cité. — (2) DENYS D'HALIC. X. 1 : « Imperio a regibus ad annuum consulem magistratum translato, inter cætera regia officia juris quoque cognitio iis tributa est : atque illi lites inter litigatores quacunque de causa ortas jure decidebant. » (*Trad. lat.*) — CICER. *De legib.* III. 3 : « Regio imperio duo sunto : iique præeundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules appellantur. » — C'est encore aux consuls que s'adresse Auguste (*jussit consulibus*) pour faire exécuter les fidéicommis (*Just. Inst.* 2. 23. § 1). — Les magistrats accidentels, tels que les *Tribuni militum*, les Dictateurs, ont eu aussi la juridiction dans les actions de la loi. — (3) DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 27 f. Pomp. « Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est ut prætor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. » — (4) DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. §§ 26 et 34. f. Pomp.

qu'il semble modeler en plusieurs points sur celle des actions de la loi, tout en la simplifiant et en l'accommodant à la nature plus large du droit des gens. Ce sera de là que sortira le second système de procédure, le système formulaire (1).

1850. Telles sont, pour Rome, les magistratures diverses qui président à la juridiction, sous le règne des actions de la loi. Mais les colonies, mais les municipes, mais les villes, les préfectures prennent naissance, et sont établies avec développement dans le cours de cette période (tom. I, *Hist.*, n°s 182 et suiv. — Cère est le premier municipe, fondé en 365). — Et vers la fin de cette période, environ soixante ans avant la suppression totale des actions de la loi par la loi ÆBUTIA, les provinces ont été constituées (tom. I, *Hist.*, n°s 225 et suiv. — La Sicile est la première province, établie en 513). — Dans les colonies, dans les municipes, ce sont les magistrats supérieurs de la localité, les duumvirs ou quatuorvirs, à l'image des consuls de Rome, et dans les villes-préfectures, c'est le préfet envoyé de Rome, qui ont la juridiction sur le territoire de la cité, et devant lesquels s'accomplissent les actions de la loi. *Duumvir J. D., Præfectus J. D.* (*Duumvir* ou *Præfectus Juri Dicundo*) : telle est la qualification qui leur est restée sur un grand nombre d'inscriptions, et qui témoigne de leur pouvoir.— Dans les provinces où Rome envoya d'abord des préteurs spécialement nommés pour les gouverner, c'est le préteur provincial qui a la juridiction; mais tant qu'il l'exerce à l'égard des provinciaux, des sujets pérégrins, il n'est pas question d'action de la loi, puisque ces sujets ne participent pas au droit quiritaire. C'est encore la procédure imaginée à Rome par le préteur pérégrin, la procédure formulaire, qui s'introduit forcément pour eux.

1851. Après l'indication des magistrats, il faut passer à celle des juges. Bien que les deux mots soient quelquefois employés l'un pour l'autre, même dans les auteurs latins, cependant, pour le jurisconsulte, dans la langue scientifique, ils ont une signification bien différente. La mission du juge ne commence qu'après que le rite des actions de la loi a été accompli devant le magistrat, et que le juge a été donné aux parties. Cette mission consiste à examiner la contestation et à la décider par une sentence(2). Pour l'exécution de cette sentence, il faut revenir au magistrat. — Déjà, sous la première période qui nous occupe, nous trouvons des juges de deux sortes : les uns sont désignés et constitués juges pour l'affaire seulement; avec le prononcé de leur sentence expire leur pouvoir; les autres sont constitués en collége judiciaire per-

(1) Voir sur toutes ces créations de magistrats notre tom. I, *Hist.*, n°s 36, 93, 98, 108, 151, 160, 161 et 222. — (2) VARRO, *De ling. latin.* V. 7. « *Dico* originem habet græcam quod Græci δικάζω... Hinc *dicare*, hinc *judicare* quod tunc jus dicatur, hinc *judex* quod judicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit. »

manent. Les premiers sont : le juge unique, *unus judex,* ou les arbitres, *arbitri;* les seconds sont les centumvirs et les décemvirs.

1852. La loi des Douze Tables fait déjà mention du juge et de l'arbitre : *judex arbiterve* (tom. I, *Hist.,* tab. II, § 2, pag. 100). Elle ordonne la dation de trois arbitres (*arbitros tres dato*) pour quelques causes spéciales, entre autres pour les contestations sur les limites, et pour celles sur la possession (*Ib.,* tab. VII, § 5, et XII, § 3, pag. 109 et 118. — Il n'y a pas eu, entre le juge et les arbitres, du moins dans les termes, une différence tellement tranchée, qu'on les ait radicalement séparés l'un de l'autre ; car Cicéron s'étonne ironiquement que tant d'esprits ingénieux, depuis tant d'années, n'aient pu encore décider si l'on doit dire *judex* ou *arbiter* (1). La confusion vient, en grande partie, de ce que le mot *judex* est le titre générique qui peut s'appliquer même à l'arbitre, celui-ci n'étant qu'une espèce de juge. Aussi la seconde action de la loi ne porte-t-elle que le nom de *judicis postulatio,* quoiqu'on y demande aussi la dation d'un arbitre ; de même plus tard, dans le système formulaire, la constitution du juge se fait en ces termes : *judex esto;* jamais en ceux-ci : *arbiter esto,* quoiqu'il s'agisse d'un arbitre. Pris dans son sens spécial, le mot *judex* paraît être l'expression propre pour les causes rigoureusement déterminées dans leurs conséquences par le droit civil : tandis que celui d'*arbiter* semble réservé pour les causes qui exigent dans le juge la connaissance d'un certain art, ou qui, n'étant pas strictement précisées dans leurs résultats, comportent une certaine latitude d'appréciation (2). — Le juge est toujours unique (*unus judex*) (3) ; l'*arbiter* aussi, communément : cependant nous voyons, par les Douze Tables elles-mêmes, qu'il peut y en avoir jusqu'à trois (4). — Le *judex,* durant tout le règne des actions de la loi, est pris uniquement dans la classe des sénateurs (*ordo senatorius*) ; le pouvoir judiciaire, sous ce régime, est le monopole de la caste patricienne : ce n'est qu'au temps des Gracques (an 632), plus de cinquante ans après la suppression des actions de la loi, que les chevaliers commencent à y être admis (tom. I, *Hist.,* n° 280). Quant aux arbitres, on peut mettre en doute qu'il en fût de même ; on peut conjecturer que leur ministère exigeant fréquemment la connaissance de certain art, une

(1) Cicér. *Pro Murena.* XII. « Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum... judicem an arbitrum... dici oporteret. » — (2) Festus. « *Arbiter* dicitur judex qui totius rei habeat arbitrium et facultatem. » — Cicéron, *pro Rosc. comœd.* c. 4, a tracé entre le *judicium* et l'*arbitrium* un parallèle bien connu, mais qui se réfère plus spécialement au système de la procédure formulaire. Nul doute à mes yeux, cependant, que le fond de la distinction ne soit le même sous le régime des actions de la loi. — (3) Gai. Comm. 4. §§ 104, 105 et 109, etc. — (4) Nombre réduit plus tard à un seul pour tous les cas. Cicér. *De legib.* 1. 21. — Voir *Hist. du Dr.,* p. 109, note 2.

plus grande latitude devait être laissée aux choix des parties. Cependant j'ai peine à le croire par le temps où nous sommes, et je pense qu'ils ont été aussi, durant toute cette époque, limités exclusivement à la classe sénatoriale (1). — Mais, en restant dans cette classe, les parties ont le droit de choisir leur juge (*judicem sumere*), ou du moins de récuser sans motif celui qui leur est proposé (*judicem recusare, ejerare, rejicere*), si elles ne veulent pas l'agréer. Ainsi, la cité nomme le magistrat; les parties choisissent leur juge (tom. I, *Génér.*, n° 252). Nos ancêtres ont voulu, dit Cicéron, que de quelque mince intérêt qu'il s'agît, il n'y eût d'autre juge que celui dont les parties seraient convenues entre elles (2) : soit que le demandeur, conformément à l'usage le plus commun, le propose (*judicem ferre*), et que le défendeur l'accepte; soit que la proposition vienne du défendeur, soit qu'elle vienne du magistrat. En cas de désaccord persistant sur toutes les propositions, on peut conjecturer que l'on recourait à la voie du sort (3); ou bien que l'on procédait par voie d'élimination, les parties étant obligées, sur un certain nombre présenté par le magistrat, de choisir indirectement en récusant tous ceux qu'elles ne voudraient pas (4). Une fois le juge convenu ou agréé, le magistrat l'attribue aux parties (*judicem addicere*). Celui-ci, à moins d'excuse légitime, ne peut refuser, car cet office est une charge publique (5).

1853. Le collége des centumvirs, auquel se rattachent les décemvirs, nous l'avons déjà dit, fut un notable affranchissement du monopole judiciaire des patriciens. Soit que sa création doive être attribuée à la réaction de Servius Tullius contre l'aristocratie de race, soit qu'elle n'ait eu lieu que plus tard, à mesure des progrès politiques des plébéiens, c'est une institution démocra-

---

(1) S'il y avait eu entre le *judex* et l'*arbiter* cette différence si tranchée, que l'un dût être pris forcément sur les listes judiciaires annuelles, et que l'autre pût être choisi en dehors, comment les aurait-on encore tellement confondus au temps de Cicéron?

« Ergo dato
De senatu Cyrenesi quemvis opulentem arbitrum. »
PLAUTE, *Rudens*, act. 3, scène 4, vers 7 et 8.

Au temps de Sénèque, il semble qu'on soit autorisé à conjecturer, par un passage *De beneficiis*, lib. 3, § 7, que les arbitres pouvaient être choisis hors de l'*album* où devaient se prendre les juges. Cependant, même pour cette époque, ce passage est loin d'être concluant, ainsi que nous le démontrerons plus loin. — Il ne faut pas confondre ces arbitres avec les arbitres purement volontaires, que les parties sont toujours libres de se donner par compromis, et de prendre n'importe où. — (2) CICÉR. *Pro Cluentio*, c. 43. « Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » — (3) PLIN. *Hist. nat.* præf. « Plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat. » — Argum. de CICÉR. *In Verr.* III. 13. — *Sortitor* Minos, dit Virgile. — (4) Argum. de CICÉR. *In Verr.* II. 31. — (5) D. 5, 1. *De judic.* 78. f. Paul. « Judicare munus publicum est. » — 50. 5. *De vacat. et excus. mun.* 13. § 2. f. Ulp. « Qui non habet vacationem, etiam invitus judicare cogitur. »

tique. Les centumvirs sont élus annuellement et indistinctement dans chaque tribu : la plèbe arrive à l'autorité judiciaire. Le collége est permanent, son personnel est élu et annuel. Tribunal éminemment quiritaire, devant lui se plante la lance (*hasta*), symbole de la propriété romaine. Sa compétence s'étend à ces trois points : questions d'état, questions de domaine *ex jure Quiritium* et de ses démembrements, questions de successions testamentaires ou *ab intestat :* de sorte que tant qu'il se maintint dans sa vigueur et dans sa compétence exclusive, il ne resta plus au juge et aux arbitres que les questions d'obligations ou de possession. Le collége des centumvirs ne connaît d'autre procédure que celle des actions de la loi, et la seule de ses actions qui lui soit applicable, c'est l'action *sacramenti,* puisque dans les deux autres il s'agit de la dation d'un juge. Quand le rite de l'action a été accompli devant le magistrat, les parties pour le jugement sont renvoyées devant les centumvirs, d'où elles reviennent ensuite au magistrat, pour l'exécution. — Le caractère et l'importance politique du collége centumviral, surtout sa popularité plébéienne, ont amené dans l'histoire de la procédure ce phénomène particulier, que lorsque le système des actions de la loi est tombé sous l'animadversion publique, vers la fin du sixième siècle de Rome, le tribunal centumviral en a sauvé une bonne partie. En effet, trop bien placé dans les institutions de la république pour tomber aussi, ce tribunal est resté; et comme il ne comportait d'autre procédure que celle des actions de la loi, et parmi celles-ci que l'action *sacramenti,* il a ainsi, même dans sa décadence postérieure et progressive, perpétué presque jusque sous le Bas-Empire, au milieu des nouvelles procédures, l'emploi de cette action de la loi. C'est lui qui en a conservé les vestiges jusque dans la pratique de l'époque impériale (1).

1854. Quant aux récupérateurs (*recuperatores*), nous croyons cette institution introduite déjà sous le règne des actions de la loi (2); mais nous la croyons étrangère au régime de ces actions, auquel elle vient porter brèche. C'est une de ces institutions qui sont amenées par les relations avec les étrangers, et qui tiennent

---

(1) Je ne reviens pas sur les détails que j'ai déjà donnés relativement au collége centumviral et à sa division en quatre conseils ou sections (*concilia, tribunalia, hastæ*), ni sur les sources et les preuves que j'ai déjà citées, tom. I, *Hist.*, nos 166 et suiv. — (2) Il est question de récupérateurs dans PLAUTE, par conséquent vers le milieu du sixième siècle de Rome, postérieurement à la création du préteur pérégrin, et quelques années, selon moi, avant la suppression des actions de la loi par la loi ÆBUTIA.

« Quem ad recuperatores modo damnavit Plausidippus. »
(PLAUT. *Rudens*, act. 5, scène 1, vers 2.)

Sur ces diverses sortes d'autorités judiciaires, juges, arbitres, centumvirs, récupérateurs, voir ce que nous avons déjà dit, tom. I, *Hist.*, nos 162 et suiv., 166 et suiv

à l'introduction du droit des gens dans le droit civil. C'est un allégement non-seulement au monopole judiciaire des patriciens, mais aux principes du droit quiritaire lui-même. Nous rattachons à la juridiction du préteur pérégrin la régularisation de l'emploi des récupérateurs, auxquels les citoyens recoururent eux-mêmes; et c'est précisément en ces récupérateurs que nous voyons la première origine du second système de procédure.

1855. En somme, dans la procédure des actions de la loi, après l'accomplissement de l'action, lorsque le magistrat ne termine pas lui-même l'affaire par son pouvoir, ceux à qui le jugement à faire est renvoyé, sont uniquement, dans le principe, les juges ou les arbitres pris dans l'ordre des sénateurs. Plus tard vient s'y adjoindre le collége des centumvirs, auquel se lient les décemvirs; et, dès lors, les règles de compétence entre ces divers instruments judiciaires me paraissent pouvoir se résumer ainsi. Le renvoi des parties a lieu pour être jugées :

Devant le collége centumviral, s'il s'agit de question d'état, de propriété quiritaire, ou de successions;

Et devant un juge ou devant un ou plusieurs arbitres, s'il s'agit d'obligations ou de possession : le juge, plus spécialement pour les causes dont le résultat est rigoureusement déterminé par le droit civil; l'arbitre, pour celles qui comportent une certaine latitude d'appréciation ou qui exigent la connaissance de certain art.

Il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots sur chacune des actions de la loi en particulier.

## *Actions de la loi pour le procès.*

### *De l'action* sacramenti.

1856. C'est la plus ancienne des actions de la loi, la seule peut-être qui existât, dans l'origine, pour faire décider un procès. C'est l'action de la loi primitive et quiritaire, celle qui contient au plus haut degré le caractère pontifical et le symbolisme matériel d'une époque barbare. Les deux autres formes de procès par action de la loi, qui sont venues après elle, la *judicis postulatio* et la *condictio*, n'ont été, à vrai dire, que le résultat des efforts faits successivement par les Romains pour se débarrasser du *sacramentum;* un commencement de démolition plutôt qu'une extension du système primitif; et, suivant moi, toute l'histoire de la procédure romaine se ramène à l'histoire de ce travail de démolition contre l'action *sacramenti*. La civilisation, en marchant, détruit le symbolisme grossier, et le simplifie, et le spiritualise de plus en plus.

1857. Bien que l'action *sacramenti* soit la plus ancienne, la plus matérielle, celle à laquelle chaque innovation est venue faire brèche, cependant c'est encore celle qui a duré le plus longtemps,

qui a laissé le plus de vestiges dans le droit, et qu'il importe le plus d'étudier. En effet, dans le système des actions de la loi, elle est le type, l'institution première et centrale ; les deux autres n'ont été que deux satellites, produits de ses échancrures et disparus avant elles. C'est aussi celle qui nous est le plus et le mieux connue (1).

1858. Jadis, il est à croire que l'action *sacramenti* était employée pour tout procès, soit de droits réels quelconques, soit d'obligations. Les procès en matière d'obligations lui ont été successivement retirés par la création des deux autres actions. En sa qualité d'action générale, elle reste applicable pour toute cause qui n'a pas été spécialement soumise à une autre *legis actio* (2).

1859. Le *sacramentum*, à proprement parler, est une somme pécuniaire, égale pour chaque partie, qui était déposée par l'une et par l'autre entre les mains des pontifes, de telle sorte qu'elle devait rester perdue pour la partie qui succomberait, et acquise au trésor de l'État (*ærarium*) pour le service des sacrifices publics (*sacra publica*) (3). L'action de la loi *sacramento* est celle qui s'accomplit au moyen de ce dépôt. Elle consiste dans une provocation à déposer et à risquer cette somme, provocation que les parties se font en termes consacrés, en s'adressant tour à tour la parole, comme c'est la coutume dans les actions de la loi. C'est là le fond de toutes les variétés d'application de l'action *sacramenti*. — La loi des Douze Tables avait fixé le montant du *sacramentum* à la somme de cinq cents ou de cinquante as, selon que l'objet de la contestation était de mille as et au-dessus, ou de moindre valeur; en ayant soin, pour ne pas entraver les réclamations de liberté, de leur appliquer le plus petit *sacramentum*, celui de cinquante as (4). — Au lieu du dépôt réel de la somme, les parties

---

(1) Dans le manuscrit de Gaius, les détails de l'action *sacramenti*, sauf une lacune regrettable, nous sont donnés : tandis que ce qui concerne la *judicis postulatio* manque entièrement, et la *condictio* à moitié. GAI. Comm. 4. §§ 12 et suiv. — (2) GAI. Comm. 4. § 13 : « Sacramenti actio generalis erat, *de* quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de *his* sacramento agebatur. » — (3) FESTUS (*hoc verbo*) : « *Sacramentum* æs significat quod pœnæ nomine penditur, sive ab eo qui interrogatur, sive ab eo cui contenditur... sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur in rebus divinis. » — VARRO. *De ling. latin.* IV. 36 : « Ea pecunia quæ in judicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infìciebatur, de aliis rebus utrique quingenos ad pontem (pontifices) deponebant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat. » — (4) GAI. Comm. 4 § 14. — Voyez aussi les passages de FESTUS et de VARRON, cités à la note précédente. — Il paraît que du temps de Gaius, dans les cas pour lesquels l'action *sacramento* avait survécu, cette somme était encore la même : les cent vingt-cinq sesterces dont parle GAIUS, Comm. 4. § 95, équivalant, ainsi que le fait remarquer M. de Savigny, à cinq cents as.

furent admises, par la suite, à en faire seulement garantir le payement par des répondants que le préteur recevait : « ce sont ces répondants qui se nomment *prædes sacramenti* (1). »

La décision du procès consistait à dire que le *sacramentum* de telle ou de telle des parties était *justum :* d'où, comme conséquence contre l'autre partie, l'acquisition au trésor public de son *sacramentum* jugé injuste, et, en outre, la perte de l'objet du litige (2).

Tel est le fond même de l'action *sacramenti;* ce qui se retrouve dans toutes ses applications. Quant aux détails des gestes à accomplir et des paroles à prononcer, ils variaient suivant les divers cas. Sous ce rapport, la distinction principale et bien tranchée qui se présente est celle qui existait entre les réclamations de propriété quiritaire ou de tous autres droits réels, et les poursuites d'obligations.

1860. L'action *sacramenti* en matière de propriété quiritaire ou de droits réels quelconques doit être étudiée la première; car c'est précisément le point qui offre le caractère le plus symbolique et le plus singulier, le point qui s'est maintenu, qui a survécu le plus longtemps soit en réalité, soit en fiction, enfin qui a laissé le plus de traces dans le droit romain et que nous connaissons le mieux. L'application de l'action *sacramenti* aux poursuites d'obligations, au contraire, a été de peu de durée, ayant été remplacée de bonne heure par les deux autres actions de la loi, et elle nous est moins bien connue.

1861. 1° *De l'action* sacramenti *dans les réclamations de propriété quiritaire ou de droits réels quelconques*. La pantomime, en cette matière, commence par le simulacre d'un combat entre les parties, pour la chose même, qui est présente, et qu'elles se disputent la lance au poing : on dirait que les premiers civilisateurs se sont efforcés de réduire en simple représentation fictive les réalités brutales d'une époque toute barbare encore. Sur ce combat accompli devant ses yeux, le magistrat interpose sa parole et ordonne que la violence cesse de part et d'autre. Alors les deux adversaires, que ce combat interrompu a constitués dans une situation parfaitement égale, et entre lesquels il n'existe encore ni demandeur ni défendeur, se provoquent mutuellement au *sacramentum*. Cela fait, il s'agit de leur donner un juge. Le magistrat décide, suivant ce qui lui paraît convenable d'après les circonstances et moyennant garantie pour la restitution, à qui, pendant

(1) Gai. Comm. 4. §§ 13 et 16. — (2) Ainsi, Cicéron nous raconte que, défendant la liberté d'une certaine Aretina, l'affaire examinée et délibérée, il fut décidé que son *sacramentum* était *justum*. Cicér. *Pro Cæcin*. 33. D'où ces expressions usitées : *sacramentum justum judicare; justo sacramento contendere; injustis sacramentis petere*. Cicér. *Pro domo*. 29. *De orat*. 1. 10. *Pro Milon*. 27. — Nous verrons qu'il en fut de même plus tard de la *sponsio*, qui, dans la procédure formulaire, remplaça le *sacramentum*.

la durée du procès, restera la possession intérimaire de la chose. Puis, il renvoie les parties devant le juge qu'il leur donne : ce juge est ici le collége des centumvirs, du moment qu'il a été créé. Le plaideur à qui la possession intérimaire a été attribuée étant ainsi constitué *possessor*, l'autre a, devant le juge, le rôle de demandeur (*petitor*).

Voilà les généralités; voici maintenant les détails, les formules et les dénominations techniques.

1862. Les parties sont, devant le magistrat (*in jure*), amenées selon le mode commun à toutes les actions. Il paraît que d'abord, par préliminaire, elles y exposent chacune librement, sans formules sacramentelles, l'objet et le motif de leurs prétentions (1); puis on procède à l'accomplissement de l'action de la loi.

1863. Le combat simulé se composait de la *manuum consertio* et de la *vindicatio* : il devait avoir lieu en présence même de l'objet du litige. Cet objet, s'il était mobile et facilement transportable, avait donc dû être amené ou apporté au tribunal (*in jure*). L'une des parties tenant à la main une baguette (*vindicta, festuca*), symbole de la lance, qui elle-même était le signe du domaine quiritaire, saisissait d'une main l'objet contesté, par exemple un esclave, et de l'autre apposant sur lui la *vindicta*, elle disait : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. » L'adversaire en faisait et en disait autant. Telles étaient, à proprement parler, la *manuum consertio* et la *vindicatio*, expressions qui se prennent souvent l'une et l'autre pour tout l'ensemble de cette formalité. Gaius ne parle même pas spécialement de la *manuum consertio*, qui consiste plus particulièrement dans l'apposition simultanée des mains des deux adversaires sur la chose contestée. C'est cette violence juridique et nominale qu'Aulu-Gelle appelle *vis civilis et festucaria*, par opposition à la violence belliqueuse d'un combat réel (2). Jusqu'ici, comme on le voit, le

---

(1) Cela résulte des formules qui vont suivre, par lesquelles les parties, s'interpellant tour à tour, se réfèrent chacune à ce qu'elles ont déjà dit : « *Sicut dixi, jus peregi.* » — (2) AUL.-GELL., *Noct. attic.* XX. 10. « Manum conserere est de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager, sive quid aliud esset, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare... Idque Ennius significare volens, ait, non ut ad prætorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. » — VARRO., *De ling. lat.* V. 7 : » Sic conserere manum dicimur cum hoste. » — On voit qu'Aulu-Gelle comprend dans le *manum conserere* même le *verbis vindicare*. Je n'aperçois pas bien, pour mon compte, que les deux adversaires dussent, comme le pensent quelques interprètes, se saisir les mains l'un à l'autre pour simuler le combat. Gaius n'en dit rien, et les paroles d'Aulu-Gelle lui-même, *correptio manus in re atque loco præsenti*, ad *conserendam manum in rem de qua ageretur... vis festucaria, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret*, montrent que c'est l'appréhension simultanée de la chose, l'apposition

rôle des deux adversaires est égal : ou le premier ou le second, peu importe, chacun fait également la vindication de la chose (*qui prior... qui contra vindicat*). — Du nom de la baguette, *vindicta*, qui simule la lance (1), sont venus : 1° le mot *vindicatio*, donné à cette formalité, et, par figure de langage, à toutes les actions réelles en général ; 2° le mot *vindicia* ou *vindiciæ*, qui désigne aussi, dans son acception primitive, la même formalité ; puis, par figure de langage, la chose même qui est vendiquée, ou le fragment représentatif de cette chose qui est apportée *in jure* ; puis, toujours par extension, la possession intérimaire de cette chose, et enfin les fruits perçus pendant cette possession (2). De la *manuum consertio*, et de l'apposition des mains sur la chose en litige (*manu asserere*), dérive le mot *assertor*, appliqué surtout à celui qui vendique un homme pour la liberté, *assertor libertatis* (3).

1864. Mais si la chose litigieuse n'était pas de nature à pouvoir être apportée *in jure*, la procédure avait dû nécessairement subir quelques modifications. Dans le principe le magistrat se transportait sur le lieu même avec les adversaires, et là se faisaient la *manuum consertio* et la *vindicatio*. Toutefois, pour ces objets, surtout pour les édifices et pour les fonds de terre, la *manuum consertio* prenait un caractère particulier. Les immeubles ne pouvant être saisis manuellement, le combat consistait, entre les deux adversaires, en ce que l'un en expulsât l'autre et l'amenât ainsi par violence au magistrat présent, devant lequel chacun faisait alors la *vindicatio*. Cet enlèvement de l'un des plaideurs par l'autre était ce qu'on nommait la *deductio* (4). Il n'y avait

---

de la *vindicta* et les paroles qui l'accompagnent, qui constituent la *manuum consertio*, la *vis festucaria* dont il parle.

(1) Le mot *vindicta* ne vient-il pas lui-même de *indicare*, *indicta?* — (2) AULU-GELLE, *Noct. attic.* XX. 10 : « Vindicia, id est correptio manus in re atque loco præsenti. » — FESTUS : « *Vindiciæ* appellantur res eæ de quibus controversia... de quo verbo Cincius sic ait : Vindiciæ olim dicebantur illæ (res) quæ ex fundo sumptæ in jus adlatæ erant. » — (3) FESTUS : « *Sertorem* quidam dictum putant a prendendo, quia cum cuiquam adserat manum, educendi ejus gratia ex servitute in libertatem, vocatur adsertor. » — (4) C'est ainsi que j'explique la nécessité de la *deductio* pour les immeubles et pour tous les objets non transportables. C'est une autre forme de combat, parce que la lutte pour ces objets ne consiste pas à les saisir, mais à s'en expulser l'un l'autre. — WALTER donne pour motif à cette *deductio*, que le préteur n'étant pas sur les lieux lors du combat simulé, pour imposer la paix, la violence était censée continuer jusqu'à son tribunal où l'un des adversaires était entraîné (voir la traduction de M. LABOULAYE, chap. 3, p. 26) : dans ce système, la *deductio* n'aurait été imaginée et pratiquée qu'à l'époque où le préteur a cessé de se rendre sur les lieux avec les parties. — BACHOFEN (*De Romanorum judiciis civilibus*, Gotting., 1841, p. 76) attribue la *deductio* à la nécessité que les parties fussent constituées dans une situation égale. En conséquence, pour les immeubles, comme il y avait un possesseur, il fallait qu'il en fût arraché et amené *in jure*. Dans cette opinion la différence résiderait non pas entre les objets transportables et ceux non transportables, mais entre les meubles et les immeubles. L'auteur

pas d'importance pour les contendants à y jouer un rôle plutôt que l'autre : ces actes n'étaient que les violences fictives d'un combat que le préteur allait faire cesser et qui laissaient le droit indécis (1). — Mais avec le temps, par suite de l'extension du territoire et de la multiplicité des affaires, le déplacement du magistrat devenant impraticable, il s'établit, dit Aulu-Gelle, par consentement tacite, contrairement aux Douze Tables, que les parties, devant le tribunal, se provoqueraient mutuellement à se rendre de là sur les lieux contestés, pour y opérer entre elles le combat. C'est là ce qui se nomme *ex jure manum consertum vocare*. Sur l'ordre du préteur, elles s'y rendaient chacune avec ses témoins, *utriusque superstitibus præsentibus* (2) ; là le combat était simulé, et l'une des parties, par conséquent, en était amenée *in jure*, par une violence feinte et de convention ; on avait soin d'apporter, en même temps, un fragment représentatif de la chose contestée, une glèbe du champ, une tuile de l'édifice, un morceau détaché de la colonne, une brebis, une chèvre du troupeau, ou même seulement une touffe de la toison ou du poil, et, sur ce fragment, la vindication s'accomplissait devant le magistrat (3). C'est là la *deductio quæ moribus fit* (4). — Enfin, une nouvelle simplification s'introduisit encore : les parties, pour éviter un double voyage, purent, avant même de comparaître à Rome au tribunal, se rendre en leur particulier sur les lieux contestés ; de là, faisant comme par anticipation la *deductio* convenue, et munies du fragment représentatif de la chose, elles arrivaient *in jure* devant le préteur ; et ce n'était plus qu'en paroles et en pantomimes fictives que, sans sortir du tribunal, s'accomplissait l'aller sur le terrain litigieux, ainsi que le retour. C'était en cet état que se trouvait la procédure au temps de Cicéron, et c'est en cet état qu'il la tourne si agréablement en dérision dans une de ses saillies facétieuses, où il nous a transmis

---

invoque à l'appui, par rapprochement, la différence entre les meubles et les immeubles dans les interdits *utrubi* et *uti possidetis*. Dans ce système, ce serait toujours le possesseur qui devrait être *déduit*, et non pas l'une ou l'autre partie indifféremment, comme nous le voyons dans les sources. — Du reste, quelle que soit l'explication qu'on cherche à donner des motifs de la *deductio*, on est généralement d'accord sur ce que c'est que cette formalité. Et je ne saurais admettre comme exacte la notion émise par M. BONJEAN (tom. I, p. 384), qui appelle *deductio* le transport même des parties, avec ou sans le préteur, sur le terrain litigieux. Cette notion est reproduite presque textuellement du traité de ZIMMERN, § 41 ; mais il y a sur ce point dans ZIMMERN quelque obscurité et une contradiction palpable, car, à la fin du § 39, il explique fort exactement ce que c'est que la *deductio*.

(1) CICÉR. *Pro Tullio*, c. 20 : « Ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. » — (2) FESTUS : « *Superstites* testes præsentes significat ; cujus rei testimonium est, quod superstitibus, ii inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone · *Nunc* præsentibus *mihi licet quidvis loqui, nemo hic adest superstes.* » — (3) AUL.-GELL. *Noct. attic.* XX. 10. — GAI. Comm. 4. § 17. — (4) CICÉR. *Pro Cæcin.* c. 1. 7. 8. 32.

quelques-unes des paroles sacramentelles qui se prononçaient (1). — Quant à Gaius, il est à remarquer qu'il ne parle plus de la *deductio* en aucune manière, mais seulement de l'apport d'un fragment représentatif de la chose. Faut-il attribuer ce silence à une complète désuétude de la *deductio*, ou seulement à la lacune qui existe en cet endroit dans le manuscrit (2)?

1865. Le combat étant ainsi représenté par la *manuum consertio* et par la *vindicatio*, le préteur interposait sa parole et faisait cesser cette lutte, en disant, par exemple, si l'objet disputé était un esclave : MITTITE AMBO HOMINEM (lâchez tous deux cet homme); les deux adversaires le lâchaient. Alors on passait à la constitution du *sacramentum*. Celui qui avait vendiqué le premier interrogeait ainsi son adversaire : POSTULO, ANNE, DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS (je demande si tu ne diras pas pour quel motif tu as vendiqué); — l'autre répondait : JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI (j'ai parachevé l'acte de mon droit, suivant l'imposition que j'ai faite de la vindicte); — le premier reprenait : QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI (D. L.) ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO (comme tu as vendiqué sans droit, je te provoque par le *sacramentum*, de cinq cents ou de cinquante as, suivant le cas); — SIMILITER EGO TE (et moi également je te provoque), répliquait celui-ci.

1866. Après cette constitution du *sacramentum*, il s'agissait de la dation du juge; mais avant de le donner, le préteur attribuait à l'une des parties les *vindiciæ*, c'est-à-dire la possession

---

(1) CICÉR. *Pro Murœna*, c. 12 : « On pouvait très-bien procéder ainsi : *Fundus Sabinus meus est.* — *Immo meus* (Le fonds Sabinus est à moi. — Au contraire, il est à moi), et ensuite juger. Ils s'en sont bien gardés. *Fundus*, dit l'un, *qui est in agro qui Sabinus vocatur* (le fonds qui est au lieu qui se nomme Sabinus). Voilà bien des mots; poursuivons; après? *Eum ego ex jure Quiritium meum esse aio.* (Ce fonds, je dis qu'il est à moi selon le droit quiritaire.) Et après? *Inde ibi ego te ex jure manum consertum voco.* (En conséquence, moi, ici, je t'appelle du tribunal au combat.) A tout ce verbiage de plaideur, celui contre qui le fonds était demandé ignorait la réponse. Le même jurisconsulte passe à lui, comme un joueur de flûte latin, et lui souffle ceci : *Unde tu me, ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* (Puisque tu m'as appelé, dit-il, du tribunal au combat, pour cela, moi, ici, je t'y appelle également.) Là-dessus, de peur que le préteur ne se crût trop habile et privilégié, et qu'il ne s'avisât de dire lui-même quelque chose de son propre mouvement, on lui a composé, à lui aussi, son chant sacramentel, non moins absurde que les autres. Il dit donc alors aux plaideurs : *Suis utrisque superstitibus præsentibus, istam viam dico : inite viam!* (A vous, accompagnés chacun de vos témoins, j'ordonne de prendre ce chemin : allez!) Vite, notre savant était là pour leur montrer la route. *Redite viam!* (Revenez!) Et ils revenaient sous la conduite du même guide. C'étaient des choses, je le crois, qui devaient déjà paraître bien ridicules, même à ces jurisconsultes à longue barbe, que d'ordonner à des hommes de s'en aller du lieu où ils sont et où ils doivent être, afin qu'une fois partis ils y reviennent à l'instant même. Les autres formules : *Quando te in jure conspicio:* et celle-ci : *Sed anne tu dicis quæ est causa cur vindicaveris?* ne sont pas moins vides de sens... » etc. — Pour compléter les idées sur la déduction au temps de Cicéron, conférez CICÉR. *Pro Cæcina*, c. 1. 7. 8, et *Pro Tullio*, 16. — (2) GAI. Comm. 4. § 17.

intérimaire de la chose vendiquée. C'est ce qu'on nomme *vindicias secundum alterum dicere* (1). Le mot *vindiciæ* est pris ici, selon les diverses acceptions que nous venons de donner, n° 1863, pour les choses mêmes vendiquées, et, par extension de langage, pour la possession de ces choses. — Mais cette possession n'était accordée qu'à la charge, par celui qui l'obtenait, de donner à son adversaire des répondants qui garantissaient la restitution de la chose et des fruits, si par l'issue du procès cette restitution devait avoir lieu. Ces répondants, qu'il ne faut pas confondre avec les *prædes sacramenti* que recevait le préteur, sont ceux qu'on nomme *prædes litis et vindiciarum*. Le mot *vindiciæ* désigne ici, selon ce que nous avons encore dit n° 1863, les fruits perçus durant la possession intérimaire (2). — Le préteur ne paraît pas s'être assujetti, dans le principe, pour cette attribution de la possession intérimaire, aux règles établies plus tard dans les interdits possessoires du système formulaire. Il était libre d'accorder cette possession à l'une ou à l'autre des parties, selon les divers motifs qui pouvaient le lui faire juger convenable ; par exemple : l'apparence du droit le mieux fondé, ou le plus de sécurité; la meilleure administration, ou la possession antérieure, et autres raisons semblables. C'était seulement dans les réclamations de liberté qu'il n'était pas libre. Ici, quelles que fussent les autres considérations, la possession intérimaire, d'après une disposition formelle des Douze Tables, devait toujours être donnée dans le sens de la liberté (3). C'est le fameux procès de Virginie! Nous savons que les questions d'état (liberté, cité, ou famille) sont de véritables questions de droits réels.

1867. 2° *De l'action* sacramenti *dans les poursuites d'obligations*. Ici, il n'y avait pas de *vindicta* ni de combat simulé, ni d'attribution de la possession intérimaire (*vindiciæ*). Dès le principe, il existait un demandeur et un défendeur. Les parties devaient, en s'adressant tour à tour la parole, selon la coutume des actions de la loi, s'interpeller sur l'obligation que le demandeur prétendait exister et que le défendeur niait, ensuite se provoquer réciproquement par le *sacramentum;* puis venaient les formes relatives à la dation du juge. Mais la série des paroles sacramentelles prononcées dans toute cette procédure ne nous est pas connue; le manuscrit de Gaius s'est trouvé illisible en

(1) GAI. Comm. 4. § 16: « Postea prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat. » Voir les fragments des Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. VI, § 6, p. 107; et tab. XII, § 3, p. 118. — Quand cette possession intérimaire était attribuée, non pas au possesseur actuel, mais à son adversaire, cela s'appelait, par rapport à ce possesseur, *vindicias ab eo abdicere;* DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 24. f. Pomp. — (2) GAI. Comm. 4. § 16 : « Eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum. » — De même, § 91. — Simplement *prædes litis vindiciarum*, § 94. — CICER. *In Verr.* 1. 45. — (3) Voir tom. I, *Hist.*, fragments des Douze Tables, tab. VI, § 6, p. 107, avec les sources à l'appui.

cet endroit, et les conjectures faites pour son rétablissement, d'après quelques fragments de formules et quelques indications éparses, ne sont bonnes que pour nous donner une idée de ce que ces formules pouvaient être à peu près (1). Nous croyons que les paroles devaient varier beaucoup, suivant la cause et l'objet de l'obligation; et que c'était ici que les pontifes avaient eu fort à faire pour rédiger leur formulaire dans la prévoyance des divers cas, et en calquant, autant que possible, les formules sur les termes de la loi (2). C'était ici que devaient se rencontrer aussi, comme accessoires ou comme préliminaires, pour certains cas particuliers, quelques formalités spéciales et symboliques, telles que celles de l'action *furti lance licioque concepti*, qui furent supprimées, avec les actions de la loi, par la loi ÆBUTIA, selon ce que nous dit Aulu-Gelle (3).

1868. Depuis la loi PINARIA, il est certain, pour nous, que, même dans l'action *sacramenti*, un juge était donné aux parties, non pas aussitôt après la demande qu'elles en avaient faite, mais après un délai de trente jours. Ceci était commun au *sacramentum*, tant en matière de droits réels qu'en matière d'obligations (4). La loi PINARIA avait-elle seulement réglé ce délai de trente jours, ou bien avait-elle introduit la dation du juge elle-même? C'est une question que nous avons déjà examinée, nos 1845 et suiv.

1869. Ce fut l'action *sacramenti*, dans son application aux droits réels, qui se continua longtemps et qui survécut à toutes les autres actions de la loi. C'est elle aussi, dans sa première formalité, la *vindicatio*, qui se retrouve employée fictivement dans toutes les variétés de l'*in jure cessio*, et qui, comme telle, joue un rôle si important pour la translation, pour la constitution des droits civils. — Quant à l'application de l'action *sacramenti* pour les cas d'obligations, au contraire, elle se réduisit de bonne

(1) M. HEFFTER, d'après les indices qu'on peut saisir encore dans le manuscrit de Gaius, d'après quelques fragments de formules recueillis dans Cicéron, dans les *Notæ* de Valerius Probus, et qui peuvent paraître avec plus ou moins de fondement se référer ici, a cru pouvoir rétablir ainsi le dialogue sacramentel :

Le demandeur : *Quando in jure te conspicio, postulo an fias auctor, qua de re mecum nexum fecisti?*

(Le défendeur répond négativement.)

Le demandeur : *Quando negas, sacramento* (D. L.) *te provoco*. (Je supprime un fragment de formule que M. Heffter ajoute ici, mais qui ne me paraît pas à sa place.)

Le défendeur : *Quando ais neque negas me nexum fecisse tecum, qua de re agitur, similiter ego te sacramento* (D. L.) *provoco*. (Même suppression.)

(2) C'est ici, par exemple, que peut se référer l'anecdote racontée par Gaius, sur celui qui perd son procès pour avoir dit *vites* au lieu d'*arbores*, en agissant au sujet de vignes coupées. GAI. Comm. 4. § 11. — (3) Voir sur ce point, tom. I, *Hist.*, tab. VIII, § 15, et ci-dessus, n° 1720, avec les sources indiquées dans les notes de ces deux passages. — (4) GAI. Comm. 4. §§ 15 et 16.

heure et finit graduellement par disparaître presque en totalité, par suite de la création successive des deux nouvelles actions de la loi, qui vont faire l'objet de notre examen.

### *De l'action* per judicis postulationem.

1870. Dans l'action *sacramento,* la sentence du juge se bornait à décider que le *sacramentum* était *justum* ou *injustum :* d'où la conséquence, pour le demandeur, qu'il obtenait ou n'obtenait pas l'objet par lui demandé. Ceci exigeait que le demandeur précisât lui-même formellement cet objet : soit tel corps individuellement désigné, soit une chose ou une quantité déterminée (*res certa, pecunia certa*). Cette détermination se faisait, tant en matière de droits réels qu'en matière d'obligations, dans les paroles sacramentelles que les parties s'adressaient tour à tour avant la provocation du *sacramentum.* Là-dessus, c'était tout ou rien; le *sacramentum* était *justum* ou *injustum :* il n'y avait pas de milieu.

Les affaires qui exigeaient une certaine appréciation ne se pliaient qu'avec de graves inconvénients à cette sorte de procédure. Le procès s'engageait sur l'appréciation faite à l'avance par le demandeur. Celui-ci, pour s'y être trompé en plus, le défendeur pour avoir refusé à tort d'y acquiescer, si minime que fût le point de différence, perdaient leur *sacramentum.* Le demandeur avait, en outre, usé son action. — Il y avait même des natures d'affaires qui se refusaient encore plus à ce mode de procéder. Celles dans lesquelles les parties avaient des obligations réciproques devaient être combinées entre elles; de même, s'il y avait à fixer des limites entre voisins, à opérer un partage entre copropriétaires; ou bien si la chose réclamée était retenue cachée, d'où naissait l'impossibilité d'accomplir sur elle la *vindicatio,* jusqu'à ce qu'elle eût été reproduite. Il était bien difficile d'opérer, dans ces divers cas, par le procédé du *sacramentum :* ce qui peut faire douter que ce procédé ait jamais été exclusif.

1871. Sous l'empire de ces nécessités, une première brèche fut faite à la généralité de l'action primitive, et une nouvelle action de la loi, plus simple et dépouillée de la stricte rigueur du *sacramentum,* fut introduite : l'action accomplie seulement au moyen de la demande d'un juge, *actio per judicis postulationem.* Le feuillet où Gaius traitait de cette seconde action est perdu; le formulaire nous en est inconnu. Sans doute, les parties, rendues *in jure,* devaient s'adresser tour à tour la parole en termes consacrés : le demandeur pour déclarer l'objet de sa demande et pour interpeller là-dessus son adversaire; celui-ci pour répondre à l'interpellation : après quoi venait probablement cette formule, que nous trouvons dans les *Notæ* de Valerius Probus, et qui, selon toute apparence, était commune à toute demande de juge, même dans les autres actions : J. A. V. P. U. D. (*Judicem arbitrumve*

*postulo uti des*). Cette formule était adressée au préteur par le demandeur; et il est conforme au caractère des actions de la loi de penser que le défendeur répliquait à son tour : *Similiter ego judicem arbitrumve postulo uti des*. Le juge donné par suite de cette action n'avait plus à juger une question aussi étroite que celle de savoir si le *sacramentum* des parties était *justum* ou *injustum*. Le mode même de procédure lui laissait plus de latitude dans sa mission. Il avait à régler convenablement le litige, selon la diversité des cas. Dans le sens propre du mot, c'était un arbitre.

1872. Les cas dans lesquels l'action *per judicis postulationem* serait admise en place du *sacramentum* paraissaient avoir été fixés un à un, comme par faveur spéciale (1). Ainsi, nous trouvons dans les fragments des Douze Tables la trace de la nomination d'arbitres : pour le règlement des limites entre voisins (*finium regundorum*) (2), pour le partage du patrimoine entre cohéritiers (*familiæ erciscundæ*) (3), pour le préjudice qu'occasionnent ou dont menacent les eaux pluviales (*arbiter aquæ pluviæ arcendæ*) (4), pour la possession intérimaire de mauvaise foi (*arbitri vindiciæ falsæ*) (5), enfin pour l'exhibition de la chose à vendiquer (*arbitrium ad exhibendum*) (6).—De ces dispositions des Douze Tables se tire la conséquence que l'action *per judicis postulationem* existait déjà antérieurement à ces Tables.

1873. Un passage de Cicéron nous vient en témoignage positif, pour prouver qu'elle a été appliquée spécialement à ces poursuites d'obligations dans lesquelles le juge peut décider *salva fide*, et qui, plus tard, dans le système formulaire, ont été nommées actions de bonne foi. « Præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus quæ salva fide facere possit (7). » Le propre de ces sortes d'affaires, c'est qu'il y a ordinairement entre les parties des obligations réciproques qu'il faut mettre toutes en ligne de compte et combiner entre elles. Or, le procédé du *sacramentum* resserre l'affaire dans la poursuite d'une obligation unilatérale. C'est ici que je rangerais volontiers, comme ayant fait partie des formules de cette action de la loi, et non pas de l'action

---

(1) Arg. de GAI. Comm. 4. § 13. — CICÉRON parlant des actions de bonne foi : *De offic.* III. c. 17. rapproché du c. 10. — (2) Tom. I, *Hist.*, tab. VII. § 5. — (3) *Ibid.* tab. V. § 10. — Rapproché du DIG. 10. 2. *Famil. ercisc.* 43. f. Ulp. et 52. § 2. f. Julian., où l'on trouve : *arbiter familiæ erciscundæ*. — (4) Tom. I, *Hist.*, tab. VII. § 8. — Conférez avec les notes citées à l'appui sous ce fragment, DIG. 39. 3. *De aq. pluv.* 23. § 2. f. Paul., et 24. f. Alfen. — (5) *Ibid.* tab. XII. § 3. — (6) *Ibid.* tab. VII. § 7 : argument de cette disposition des Douze Tables qui défend l'exhibition des matériaux employés dans les édifices ou pour soutenir les vignes : donc l'*arbitrium ad exhibendum* existait déjà. Confér. DIG. 10. 4. *Ad exhib.* 6, et 3. §. 13. f. Ulp., où on lit *arbitrium commissum*. — (7) CICÉR. *De offic.* III. 10. Bien que Cicéron écrive sous le système formulaire, cette phrase fait évidemment allusion à l'antique *postulatio judicis*.

*sacramenti*, ces paroles que nous donne Cicéron et qui sont adressées par l'un des plaideurs à l'autre : « *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* (1). » — Dans le nombre des affaires ainsi attribuées à l'action *per judicis postulationem*, se trouvent celles qui concernent les tutelles, les fiducies, les ventes et achats, les louages, les mandats, les sociétés, etc. : attributions diverses qui n'eurent lieu que successivement, par l'effet de la jurisprudence progressive (2).

1874. Il faut y joindre, sans doute, encore les cas où il s'agit de la poursuite d'une obligation de faire (*facere*) ou de fournir sans transférer en propriété (*præstare*) : parce qu'ici, à défaut par le débiteur de remplir en nature son obligation, il y a une appréciation à faire. De même ceux où la chose dont vous vouliez réclamer la propriété ou que vous prétendiez vous être due (3) avait disparu ou péri par le dol de votre adversaire. Ces cas ont dû être aussi détachés de l'action *sacramenti* et attribués à la *judicis postulatio*, parce qu'il n'y avait plus moyen de vendiquer ou de demander la chose comme corps certain, ainsi que cela se pratiquait rigoureusement dans le *sacramentum* : il ne restait également plus qu'une appréciation à faire.

1875. Ainsi, les Romains ont déjà commencé, même de bonne heure, à se soustraire, pour nombre de cas, à l'antique action quiritaire du *sacramentum*. Cette action a été graduellement dépouillée par celle de la *judicis postulatio*. Cependant elle reste encore seule applicable dans les questions d'état, de propriété quiritaire ou de ses démembrements, de successions, et dans les poursuites d'obligations de donner (*dare*) des choses ou des quantités certaines. Toutes affaires qui s'accommodent à sa nature. Aussi restera-t-on plusieurs siècles dans cet état, jusqu'à ce qu'une nouvelle et dernière action de la loi vienne la dépouiller encore de tout ce qui lui reste en matière d'obligations. Cette action fut l'action de la loi *per condictionem*.

---

(1) CICÉR. *De offic.* III. 17. — (2) *Ibid.* 17. « Quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis *arbitriis*, in quibus adderetur : *ex fide bona;* fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis-venditis, conductis-locatis, quibus vitæ societas contineretur, in his magni esse judicis statuere, quid quemque cuique præstare oporteret, etc. » — Sans doute je ne pense pas que, dans l'origine du droit quiritaire, le seul consentement ait pu former les contrats de vente, de louage, de mandat, de société; mais lorsque, de fait, la livraison, le commencement d'exécution ou l'association avaient eu lieu, il pouvait bien y avoir là des obligations mutuelles à régler; avec le temps même, et l'accession des principes du droit des gens, ces contrats furent admis par le droit civil romain comme obligatoires par le seul consentement. — (3) Arg. de GAI. Comm. 4. § 20, où l'on voit qu'on agissait dans certains cas *per judicis postulationem* « *de eo quod nobis dari oportet* ».

*De l'action* per condictionem.

1876. La *condictio*, en elle-même, n'est autre chose qu'une annonce, une dénonciation faite à quelqu'un verbalement. « *Condicere est dicendo denuntiare,* » nous dit FESTUS (1). L'action de la loi *per condictionem* est celle qui s'accomplit principalement au moyen d'une pareille dénonciation. Tout ce que nous savons de certain sur le rite qui y était observé, c'est que le demandeur dénonçait à son adversaire qu'il eût à être présent dans trente jours, pour recevoir un juge (2). Le feuillet du manuscrit de Gaius où se trouvaient les détails est perdu. On a mis en doute si cette dénonciation était faite devant le magistrat (*in jure*), ou bien hors du tribunal, entre parties dans leur particulier; pour moi ce n'est pas une question; toutes les actions de la loi, à l'exception de la *pignoris capio*, s'accomplissent *in jure;* et l'expression de Gaius, *ut adesset,* me semble indiquer parfaitement que les parties y sont en ce moment.

1877. C'est la loi SILIA (par conjecture, an de Rome 510) qui a introduit cette nouvelle et dernière action de la loi, seulement pour les obligations de transférer en propriété (*dare*) une somme précise (*obligatio certæ pecuniæ*); et quelques années après, la loi CALPURNIA (par conjecture, an 520) l'a étendue aux mêmes obligations de toute chose certaine (*de omni certa re*) (3). A quoi bon cette création nouvelle, puisque l'action *sacramenti* et l'action *per judicis postulationem* pouvaient satisfaire au même but? C'était ce qu'on se demandait déjà du temps de Gaius (4).

1878. Il faut voir là une continuation du phénomène historique qui s'accomplit : la démolition graduelle de l'antique action de la loi *per sacramentum*. Déjà, depuis longtemps, l'action *per judicis postulationem* l'avait successivement dépouillée, en matière d'obligations, des différents arbitrages institués par la loi des Douze Tables ou par la jurisprudence postérieure, des obligations *ex bona fide,* qui présentaient communément un engagement réciproque entre parties, des obligations de faire ou de fournir (*facere aut præstare*), même des obligations de transférer en propriété (*dare*) quand il s'agissait de chose incertaine, ou quand la chose certaine avait été frauduleusement détournée ou détruite. Il ne lui restait plus que les obligations de donner (*dare*) des choses certaines. Les lois SILIA et CALPURNIA viennent les lui enlever encore : d'abord seulement pour les

(1) FESTUS : « *Condicere* est dicendo denuntiare. *Condictio* in diem certum ejus rei quæ agitur denuntiatio. » — (2) GAI. Comm. 4. § 18 : « Et hæc quidem actio proprie condictio vocabatur : nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. » — (3) GAI. Comm. 4. § 19 : « *Hæc* autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re. » — (4) GAI. Comm. 4. § 20 : « Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento, aut per judicis postulationem agere, valde quæritur. »

sommes d'argent (*pecunia*), et ensuite pour toutes les autres. Dès lors sa sphère est réduite aux droits réels, elle n'est plus employée pour les obligations.

1879. Il faut bien se pénétrer du caractère de ces obligations de donner, dont l'action *per condictionem* dépouille en dernier lieu le *sacramentum*. Et d'abord, de l'obligation *certæ pecuniæ*. — Ce n'est pas tant l'objet dû, que la nature et la cause de l'obligation qu'il faut considérer. Dans la vente, par exemple, le vendeur qui réclame le prix convenu demande aussi une somme déterminée; mais il y a bien des considérations à prendre : il faut examiner ses engagements à lui, les a-t-il tous remplis, n'y a-t-il pas de balance à faire? Ici, au contraire, il s'agit d'obligation unilatérale, de transporter en propriété au demandeur une somme rigoureusement précise; tout est arrêté : c'est la somme *data, stipulata aut expensilata* dont parle Cicéron (ci-dessus, n° 1425), c'est-à-dire une obligation comme celles que font naître le *mutuum*, la stipulation, l'expensilation sur les registres domestiques, ou les causes qui opèrent de la même manière, par exemple le legs. Peut-être même l'expression *pecunia* ne doit-elle pas être restreinte ici aux sommes d'argent : peut-être même, comme dans plusieurs autres cas, faut-il l'entendre de toute chose pouvant faire l'objet d'un *mutuum*, de toute chose *quæ pondere, numero, mensurave constat*. Le droit romain, dès l'origine, a classé à part ces sortes d'obligations (*pecuniæ creditæ*) et spécialement celles d'argent (*æris*). Partout, jusque dans les Douze Tables, on trouve la trace de la distinction qu'il en a faite (1). Même dans le système des actions de la loi, où les condamnations, en principe, ne sont pas pécuniaires, mais où elles portent sur ce qui fait l'objet même de la demande, la gradation dans la précision des obligations de choses certaines est celle-ci : — pour *telle* somme d'argent, le chiffre est fixe; — pour *tant* de mesures de vin ou de blé de *telle* qualité, la quantité est fixe, mais la qualité réclame une certaine appréciation, et la valeur pécuniaire n'apparaît pas rigoureusement; — enfin, pour un corps certain, par exemple tel cheval, qu'il vienne à disparaître ou à périr par l'effet d'un dol, et il faudra recourir à une estimation.

1880. En somme, en réunissant les dispositions de la loi Silia et celles de la loi Calpurnia, on voit qu'il faut entendre par *res certæ* ce que nous avons déjà expliqué (ci-dessus, n° 1258) : « Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale

---

(1) Voir tom. I, *Hist.* tab. III. § 1 : « *Æris confessi*, rebusque jure judicatis... » — Aulu-Gell. *Noct. attic.* : « Hanc autem fidem majores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in *pecuniæ mutuatitiæ* usu atque commercio. » — *Lex Galliæ cisalpinæ*, c. 21 et 22. — *Lex* 1. *Tabul. Heracl.*, lin. 44. — Cicér. *Pro Rosc.* c. 4. — Gai. Comm. 3. § 124, où l'on voit la définition de l'expression *pecunia credita*, et l'extension du mot *pecunia* à toute chose de quantité.

quantumque sit (1). » Ces sortes d'obligations s'accommodaient parfaitement à la nature de l'action *sacramenti*. Le demandeur précisait rigoureusement l'objet de sa demande, et le juge n'avait qu'à déclarer son *sacramentum* juste ou injuste : il n'y avait pas de milieu. Si donc la loi SILIA et la loi CALPURNIA viennent les lui enlever, c'est qu'on veut en finir, en matière d'obligations, avec le *sacramentum*, avec cette consignation d'origine pontificale au profit du trésor public, et avec ses antiques formalités. Et l'on procède comme on a fait jusqu'à présent, c'est-à-dire par gradation. La loi SILIA crée la nouvelle action de la loi, et ne retire pour elle, à l'action *sacramenti*, que les obligations précises, qui présentent le cas le plus simple, où tout est irrévocablement arrêté, les obligations *certæ pecuniæ*. La loi CALPURNIA, quelques années après, y ajoute les obligations de toute chose certaine (*de omni certa re*), c'est-à-dire tout ce qui reste en cette matière à l'action *sacramenti*. Ainsi, cette antique action de la loi ne conserve plus rien quant aux obligations, si ce n'est certaines causes spéciales retenues par exception (2), et l'action *per judicis postulationem* y perd quelque chose elle-même. Le rapprochement des faits, l'époque où se placent ces deux lois, les événements déjà accomplis, ceux qui se préparent nous en révèlent l'esprit. Les actions de la loi ont été divulguées, leurs formules sont publiques, l'antique procédure tombe en discrédit, l'époque où ce système sera abrogé n'est plus éloignée que de soixante ans environ : tout nous dit que les lois SILIA et CALPURNIA sont des avant-coureurs de la loi ÆBUTIA (3).

1881. Quelles différences y avait-il, du reste, entre le rite de la nouvelle action *per condictionem*, et celui de l'action *per judicis postulationem?* Il y en avait bien certainement; nous ne pouvons les préciser, parce que l'un et l'autre rite nous sont restés inconnus. Mais quelles qu'elles fussent, les paroles sacramentelles et les interpellations que s'adressaient les parties devaient forcément marquer le caractère particulier et si distinct de la contestation, qui dans l'une de ces actions était rigoureusement précise et arrêtée, tandis que dans l'autre elle avait quelque chose d'indéterminé et de laissé à l'appréciation. De cette différence même dans les paroles sacramentelles, devait résulter la différence dans la mission du juge qui, dans l'une de ces actions, était toujours un *judex* proprement dit, et dans l'autre le plus souvent un *arbiter*. Enfin, on peut tenir pour certain que dans l'action de la loi *per condictionem*, celui qui ne s'était pas rendu dans le délai fixé pour recevoir un juge était, par les dispositions des lois SILIA et CALPURNIA, réputé *confessus* ou *judicatus*, et soumis, en conséquence, à l'exécution *per manus injectionem* (4) dont nous allons parler.

(1) DIG. 45. 1. *Verb. oblig*. 74. f. Gai. — (2) Telles que l'action *damni infecti*, Gai. 4. § 31. — (3) Voir, sur ce point, tom. I, *Hist*, n° 238 et suiv. — (4) La loi *Gall. cisalp.*, c. 21, en porte la trace irrécusable.

1882. En somme, au point où nous sommes parvenus, la destination des trois actions de la loi, qui sont des formes de procès, est celle-ci :

L'action *sacramento*, pour les réclamations d'état, de propriété quiritaire ou de successions : tous droits réels dont la connaissance est renvoyée aux centumvirs.

L'action *per judicis postulationem*, pour la poursuite de toutes obligations autres que celles de donner (*dare*) des choses certaines : la connaissance en est renvoyée le plus souvent à un arbitre (1).

L'action *per condictionem*, pour les obligations de donner (*dare*) des quantités ou des choses certaines, dont la connaissance est renvoyée toujours à un *judex*.

C'est en cet état que la loi ÆBUTIA les trouvera.

Il nous reste à traiter maintenant des actions de la loi qui sont plus particulièrement des voies d'exécution

## *Actions de la loi pour l'exécution.*

### *De l'action* per manus injectionem.

1883. Une fois le procès décidé et la sentence rendue, si la partie qui a succombé ne s'exécute pas volontairement, il faut une puissance et un procédé quelconque pour l'y contraindre. — S'il s'agit de droits réels, sous l'empire des actions de la loi, où la sentence atteint, toutes les fois que c'est possible, directement la chose même demandée, le plaideur qui triomphe est reconnu avoir ou tel état, ou la propriété quiritaire de telle chose, ou tel démembrement de cette propriété, ou telle hérédité : les effets de droit s'en déduisent d'eux-mêmes; ou s'il a besoin de la force publique pour se mettre en possession de la chose dont il est reconnu propriétaire, il peut y recourir. — Mais dans les procès d'obligations, bien que la sentence porte encore directement sur la chose demandée, le demandeur qui triomphe est reconnu seulement créancier et non propriétaire : quelles seront donc ses voies d'exécution contre le débiteur qui n'accomplira pas son obligation? Le vieux droit quiritaire lui a donné action, non pas sur les biens, à moins que ces biens n'aient été eux-mêmes spécialement engagés par le *nexum*, c'est-à-dire *per æs et libram*, pour sûreté de la dette, mais il lui a donné action sur la personne même de son débiteur; et le procédé qui lui est ouvert pour cela est l'action de la loi *per manus injectionem*. Ce n'est que dans quelques cas tout à fait exceptionnels et en bien petit nombre, qu'un recours lui est directement ouvert sur les biens du débiteur, au moyen de l'action de la loi *per pignoris capionem*.

(1) Sauf quelques causes spéciales d'obligation, telles que celles *damni infecti*, retenues par exception dans l'action *sacramento*, ainsi que nous l'avons dit page précédente.

1884. La *manus injectio*, à proprement parler, est la mainmise sur une personne, son appréhension corporelle. Il existait plusieurs cas dans lesquels le droit quiritaire permettait une pareille mainmise, même hors de la présence de toute autorité : soit comme exercice d'un droit de propriété, par exemple d'un père sur l'enfant soumis à son pouvoir, d'un maître sur son esclave (1); soit comme moyen de contrainte, par exemple à l'égard de celui qui, appelé au tribunal (*in jus vocatus*), ne voulait pas s'y rendre (2). L'action de la loi *per manus injectionem* était celle dont la formalité caractéristique consistait dans une pareille mainmise; mais elle s'accomplissait devant le magistrat *in jure;* et il faut bien se garder de confondre cette action de la loi, dans son ensemble, avec les mainmises extrajudiciaires dont nous venons de parler.

1885. L'action de la loi *per manus injectionem* est la procédure d'exécution de l'antique droit quiritaire. Les fragments qui nous restent sur la troisième des Douze Tables ne sont autre chose que son nouveau règlement par les décemvirs (3). La loi des Douze Tables donne cette voie d'exécution pour toutes choses jugées, et pour l'aveu d'une dette d'argent (*æris confessi; rebusque jure judicatis*) (4). Le débiteur a trente jours pour chercher à s'acquitter, ces jours se nommaient *dies justi;* c'est, selon l'expression d'Aulu-Gelle, comme une sorte de trêve, d'armistice légal (*quoddam justitium, juris quædam interstitio*) (5). Ce délai expiré, s'il n'a pas payé, son adversaire peut l'amener devant le magistrat (*in jus vocare*); et là s'accomplit l'action de la loi. Saisissant son débiteur par quelque partie du corps, le créancier dit : « QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES (par exemple SESTERTIUM X MILLIA) QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SES-

---

(1) C'est en ce dernier sens que nous trouvons dans une multitude de fragments, même dans les Recueils de Justinien, l'expression de *manus injectio*. Voir *Vatic. fragm*. § 6. — DIG. 2. 4. *De in jus voc*. 10. § 1. f. Ulp. — 18. 7. *Si serv. export*. 9. f. Paul. — 40. 1. *De manum*. 20. § 2. f. Papin. — 40. 8. *Qui sin. man*. 7. f. Paul. — COD. 4. 55. *Si serv. export*. 1 et 2. const. Sever. et Anton. — 7. 6. *De lat. libert*. 1. § 4. const. Justinian. — (2) Voir le fragment des Douze Tables, tom. I. *Hist*., tab. I. § 2. — (3) Voir notre tom. I, *Hist.*, tab. III, p. 101. — (4) Malgré la généralité de ce texte des Douze Tables, quelques critiques, et, entre autres, M. DE SAVIGNY, pensent que cette voie d'exécution n'était donnée que pour les dettes d'argent. Non-seulement le texte de la loi, mais tout l'ensemble du système, me donne la ferme conviction que c'est une voie d'exécution pour toutes les condamnations en matière d'obligations : l'ancien droit quiritaire, en effet, n'en offre pas d'autre. — (5) AULU-GELL. *Noct. attic*. XX. 1. « Confessi igitur æris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati conquirendæ pecuniæ causa quam dissolverent; eosque dies decemviri justos appellaverunt, velut quoddam justitium, id est juris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi jure possit. Post deinde nisi dissolverant, ad prætorem vocabantur, et ab eo quibus erant judicati, addicebantur : nervo quoque, aut compedibus vinciebantur..., etc. »

TERTIUM X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO. » Le débiteur ne peut repousser cette mainmise (*manum sibi depellere*) : dès ce moment, il est traité comme esclave de fait ; et, comme tel, s'il a des objections à faire, des contestations à élever, il ne peut plus agir, dans l'action de la loi, par lui-même, comme un homme libre ; il faut qu'il donne un répondant solvable, qui le réclame et le libère en prenant sa cause, et qu'on nomme, à cause de cela, *vindex*. Faute d'un pareil répondant, il est, par déclaration du préteur et sans renvoi devant un juge, attribué (*addictus*) au demandeur, qui l'emmène dans sa maison, comme son prisonnier (1). Ici s'arrête l'exposé que fait Gaius de cette action de la loi. Il faut le compléter par ce qui nous est parvenu des Douze Tables. Avant la prononciation de cette addiction, le débiteur poursuivi était, à proprement parler, *judicatus, adjudicatus* (2) ; une fois l'addiction faite, il est *addictus* : quoique ces qualifications aient pu être, dans l'usage, employées quelquefois l'une pour l'autre. En ce dernier état, il est esclave de fait, et traité comme tel, non-seulement dans les rapports privés, mais même dans ceux de la cité ; mais il n'est pas encore esclave de droit, il n'a pas encore essuyé de diminution de tête ; ni ses enfants ni ses biens ne passent dans le domaine de son créancier (3). La loi des Douze Tables a pris soin

(1) GAI. Comm. 4. § 21 : « ... Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere : sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat : qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur. » — Voir aussi le texte d'Aulu-Gelle, cité à la note précédente. — Il est bon de remarquer, dans la formule de la *manus injectio*, ces expressions *judicatus, damnatusve* : elles se réfèrent peut-être, la première aux obligations provenant de contrats ; la seconde aux obligations provenant de délits (selon d'autres, aux legs *per damnationem ?*) : mais dans tous les cas elles ne s'appliquent pas aux sentences en matière de droits réels, puisque sous les actions de la loi, en semblable matière, il n'y a pas de *condamnation ;* c'est la chose, le droit lui-même qui sont reconnus appartenir à l'une des parties. Cette remarque confirme ce que nous avons dit, que la voie d'exécution *per manus injectionem* est exclusivement propre aux obligations. — (2) GAI. Comm. 3. §§ 189 et 199. — (3) QUINTIL. V. 3. « Aliud est servum esse, aliud servire. Qui servus est, si manumittitur, fit libertinus, non itidem addictus. » — V. 10. « Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quæstio solet. » — VII. 3. « ... An addictus, quem lex servire donec solverit jubet, servus sit ?... Servus cum manumittitur fit libertinus, addictus recepta libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequetur, addictus solvendo citra voluntatem domini consequetur. Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Propria liberi, quæ nemo habet nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum : habet hæc addictus. » — Malgré les rapports qui les unissent, il y a aussi de grandes différences entre les *addicti* et les *nexi*, c'est-à-dire ceux qui, pour sûreté ou pour payement de leur dette, ont livré *per æs et libram* leur personne aux créanciers, et dont nous avons décrit la situation, tom. I, *Génér.*, n° 55, avec la note 3. Ces différences peuvent se ramener à ce principe : que les *addicti* sont esclaves de fait, mais non de droit, tant à l'égard du créancier à qui ils ont été *addicti* qu'à l'égard de la société. Les *nexi* sont assimilés à des esclaves, tant de fait que de droit, par rapport à celui à qui ils ont été vendus, mais ils restent hommes libres dans la cité. Ils essuient une *minima capitis deminutio ;*

de régler elle-même ce qui concerne sa nourriture et le poids des fers dont il peut être chargé (1). Cette situation se continue soixante jours, pendant lesquels il doit, par trois jours de marché consécutifs, de neuvaine en neuvaine, être conduit devant le magistrat, dans le *comitium,* avec proclamation de la somme pour laquelle il est *addictus;* afin que ses parents, ses amis, avertis du sort qui le menace, fassent leurs derniers efforts pour le libérer en payant à sa décharge. Nous savons que, faute de payement, la conclusion pour lui, après les soixante jours, est une diminution de tête définitive, qui termine sa vie de citoyen et d'homme libre, mais qui éteint aussi tous les droits de son créancier. Il est vendu comme esclave à l'étranger, au delà du Tibre. Le droit, pour le créancier, de le mettre à mort, est même inscrit dans la loi (2).

1886. En résumé, l'action de la loi *per manus injectionem* commence dans ses effets, pour l'*addictus,* par une captivité, un esclavage de fait, mais pas encore de droit; et elle se termine par une diminution de tête définitive, l'esclavage de fait et de droit, ou même la mort. — C'est une voie d'exécution remise en grande partie aux intéressés eux-mêmes; c'est une captivité pour dette, dans la maison du créancier; chaque palais des patriciens, nous dit l'histoire, était devenu une prison particulière, et plus d'une fois les malheurs de ces *addicti* ont soulevé la plèbe et agité la république (3).

1887. Toutefois, il faut remarquer que, quoique le but essentiel de cette action fût de forcer le débiteur à s'exécuter, il pouvait se faire qu'il y eût contestation sur l'existence même de la dette; par exemple, que celui contre qui était exercée la *manus injectio* niât qu'il y eût eu jugement contre lui ou aveu de sa part. Il y avait alors véritablement procès sur ce point. La décision de ce procès n'était pas renvoyée à un juge; c'était le magistrat qui prononçait lui-même, et, en conséquence, donnait suite, ou non, aux effets de la *manus injectio.* En ce sens, on voit que cette action de la loi, quoique étant principalement une voie d'exécution, était aussi, en certains cas, une forme introductive d'un procès jugé par le magistrat seul. — Ce caractère fut bien plus fréquent et plus prononcé lorsque de nouvelles lois eurent étendu l'usage de cette action bien au delà de sa destination primitive.

1888. En effet, depuis la loi des Douze Tables, plusieurs

---

leurs enfants et leurs biens passent avec eux au pouvoir de leur chef; c'est par une manumission qu'ils peuvent en être affranchis; et alors ils sont, par rapport à ce chef, des *quasi-liberti,* quoiqu'ils soient toujours *ingenui* par rapport à la cité.

(1) Tom. I, *Hist.*, tab. III. §§ 3 et 4. — (2) Voir ce que j'ai dit sur cette disposition des Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. III, § 6, avec les notes à l'appui, et n° 118. — (3) Tit. Liv. V. 14; VI. 36; VII. 16. — Denys d'Halic. IV. 11, etc.

autres lois assimilèrent un grand nombre de cas à ceux de l'aveu d'une dette d'argent ou d'une condamnation judiciaire, et accordèrent, dans ces cas, la voie d'exécution *per manus injectionem*, comme s'il y avait eu sentence (*pro judicato*) et avec les mêmes effets. Seulement, dans la formule, le créancier, au lieu de dire : QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES, énonçait la cause et ajoutait : OB EAM REM EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO (1). Gaius cite en exemple, au nombre de ces lois, les lois PUBLILIA et FURIA, *De sponsu*, dont nous avons déjà parlé (ci-dessus, n° 1388), et qui accordèrent cet avantage aux *sponsores* dans certains cas.

1889. D'autres lois accordèrent aussi, dans quelques autres cas, l'action de la loi *per manus injectionem*, avec des effets moins rigoureux. Le débiteur sur qui la mainmise avait lieu pouvait la repousser et se défendre lui-même dans cette action de la loi (*manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*). Dans la formule de cette *manus injectio*, le créancier, après avoir énoncé la cause, disait simplement : « OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO, » sans ajouter PRO JUDICATO. Aussi donnait-on à cette mainmise la qualification de *pura*, simple, sans assimilation au cas de chose jugée : « PURA, ID EST NON PRO JUDICATO (2). » — Au nombre des lois accordant cette nouvelle mainmise simple, Gaius cite la loi FURIA *testamentaria*, en matière de legs, et une loi MARCIA, en matière d'usure. La date de toutes ces lois nous est ou totalement inconnue, ou désignée seulement par conjecture. Elles se placent les unes et les autres du sixième au huitième siècle.

1890. Évidemment, dans ces divers cas d'extension, l'action de la loi *per manus injectionem* était le plus souvent introductive d'un procès; car puisqu'il n'existait pas de jugement préalable, mais seulement l'allégation du demandeur prétendant à une sorte particulière de créance, la question de savoir si cette créance existait véritablement pouvait toujours être soulevée par le défendeur, et ce point était à juger par le magistrat.

1891. En somme, on voit que la *manus injectio* se présentait sous trois aspects divers : la *manus injectio judicati*, la *manus injectio pro judicato*, et la *manus injectio pura* : les deux premières produisant les mêmes effets, la troisième moins rigoureuse. Une loi postérieure, dont le nom est resté illisible dans le manuscrit de Gaius (3), fit rentrer dans cette troisième espèce tous les cas de la seconde, à l'exception d'un seul; et dès lors il fut toujours permis au débiteur de se dégager de la mainmise et de se défendre lui-même dans l'action de la loi : si ce n'est, selon

(1) GAI. Comm. 4. §§ 22 et 24. — (2) *Ibid.* § 24. — (3) MM. de Savigny, Hugo, Heffter pensent que l'on doit lire la loi AQUILIA; mais ceci ne me paraît nullement en harmonie avec la chronologie. Il s'agit, dans Gaius, d'une loi postérieure à toutes celles dont il vient de parler : or, la loi AQUILIA se place, par conjecture, en l'an de Rome 468.

les Douze Tables, pour l'exécution des condamnations judiciaires et, en outre, pour le remboursement de ce que le *sponsor* avait payé à l'acquit de son cautionné (*excepto judicato et eo pro quo depensum est*) (1).

1892. Nous verrons comment cette voie d'exécution contre la personne, supprimée comme action de la loi à l'époque de la suppression de ce premier système, se maintint sous une autre forme simplifiée; et comment les préteurs introduisirent, en outre, une voie d'exécution sur les biens.

### *De l'action* per pignoris capionem.

1893. Cette voie d'exécution, qui s'exerçait sur les biens mêmes du débiteur, était tout à fait exceptionnelle dans le système des actions de la loi, et véritablement étrangère aux créances privées; car elle n'avait lieu que dans certains cas peu nombreux, qui intéressaient le service militaire, les sacrifices ou le trésor publics. Le créancier, dans ce cas, était autorisé à s'emparer lui-même, comme gage, d'une chose appartenant à son débiteur, et celui-ci ne la libérait qu'en payant (2). C'était uniquement parce que cette prise de gage s'accomplissait en prononçant des paroles sacramentelles (*certis verbis*) que la plupart des jurisconsultes la rangeaient parmi les actions de la loi. Mais elle en différait en trois points essentiels : 1° elle avait lieu hors de la présence du préteur (*extra jus*); 2° elle pouvait se faire même en l'absence du débiteur; 3° et même un jour néfaste, où il n'était pas permis d'agir par action de la loi. Aussi quelques jurisconsultes refusaient-ils de la considérer comme une de ces actions.

1894. Les cas dans lesquels la *pignoris capio* était autorisée avaient été introduits les uns par les mœurs, d'autres par une loi précise (*de quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege*). Par les mœurs, antérieures même aux Douze Tables, cette voie d'exécution était accordée aux soldats contre ceux qui leur avaient été assignés par le tribun de l'*ærarium* comme devant leur payer ou la solde (*stipendium*), ou le prix d'achat et d'équipement d'un cheval (*æs equestre*), ou le prix du fourrage (*æs hordearium*). Les lois des Douze Tables l'attribuaient positivement au créancier du prix d'achat d'une victime, et à celui du prix de louage d'une bête de somme, lorsque le louage avait été fait spécialement par lui pour en employer le prix en sacrifices. Enfin une loi, dont le nom illisible dans le manuscrit de Gaius semble être celui de *lex* Censoria, la donnait aux publicains pour la levée des impôts publics (3).

1895. Nous verrons cette voie d'exécution, quoique tombée

(1) Gai. Comm. 4. § 25. — (2) Gai. Comm. 4. § 32. — (3) Gai. Comm. 4. § 26 et suiv. — Voir aussi tom. I, *Hist.*, table XII. § 1. p. 117.

comme action de la loi, à la chute de ce premier système, se transformer et passer ainsi, comme la précédente, dans les systèmes suivants.

### *Résumé et ensemble d'une procédure, sous le système des actions de la loi.*

1896. Toutes les actions de la loi (sauf la *pignoris capio*) s'accomplissant devant le magistrat (*in jure*), la première chose à faire est d'y appeler et d'y faire comparaître les parties. Cet acte se produit dans toute sa simplicité la plus rude. C'est celui qui veut agir qui est chargé d'appeler lui-même son adversaire devant le magistrat (*in jus vocare*), et, au besoin, de l'y amener de force. Il fait cet appel en termes consacrés : « *In jus ambula, sequere, in jus i, in jus eamus, in jus te voco,* » font dire Plaute et Térence à leurs personnages (1). *Si in jus vocat,* disent les Douze Tables (2). Tel est le premier acte, nommé *in jus vocatio.*

1897. Celui qui est ainsi appelé refuse-t-il d'aller, son adversaire recourt à une attestation de témoins, en prononçant à voix haute ces paroles, que nous retrouvons dans les comédies de Plaute, dans les satires d'Horace, et qui ont une apparence toute sacramentelle : « LICET TE ANTESTARI (3) » ; en même temps il touche, comme siége de la mémoire, le fond de l'oreille du témoin qui se présente (4). C'est ce qui se nomme l'*antestatio.*

1898. Cela fait, il a contre celui qu'il appelle *in jus* une

(1) PLAUTE : *Curcull.* act. V, scène II, vers 23 et suiv. — *Persa*, act. IV, scène IX, vers 8. — *Rudens*, act. III, scène I, vers 16; scène VI, vers 22 et suiv. — *Pœnul.*, act. V, scène IV, vers 52 et suiv. — TÉRENCE : *Phormio*, act. V, scène X, vers 43 et 88. — (2) Tom. I, *Hist.*, tab. I, § 1. p. 98. — (3) HORACE, liv. 1, satir. 9, vers 74 et suiv. :

..................... Casu venit obvius illi
Adversarius et : « Quo tu, turpissime? » magna
Exclamat voce; et : « *Licet antestari?* » Ego vero
Oppono auriculam. Rapit in jus..., etc.

Voir aussi PLAUTE, *Persa*, act. IV, scène IX, vers 10 et suiv. — Il paraîtrait qu'on pouvait, à défaut d'autres, prendre à témoin celui même qu'on appelait *in jus*. Comme dans le *Curcullio* de Plaute (act. V, scène II, vers 23 et suiv.) :

PHÆD. Ambula in jus.
THER. Non eo.
PHÆD. *Licet te antestari?*
THER. Non licet.

Sur son refus, un tiers, le *Curcullio*, se présente :

CURC. At ego, quem licet, te, etc.

Comme aussi dans le *Pœnulus* du même comique, où la jeune fille, appelée *in jus*, dit elle-même (act. V, scène IV, vers 56 et 57) :

ANTER. Antestare me atque duce.
AGOR. Ego te antestabor.

(4) PLINE, *Hist. natur.* XI, 45. « In ima aure memoriæ locus, quem tangentes antestamur. »

mainmise (*manus injectio*) extrajudiciaire; il peut l'entraîner au tribunal de vive force (*in jus rapere*), par le cou (*obtorto collo*), selon les expressions antiques :

— « Rapi te obtorto collo mavis, an trahi? »
..... — « Subveni, mi Charmides,
Rapior obtorto collo ! »

disent Plausidippe et le marchand d'eslaves, dans Plaute (1). — Ce n'est qu'en donnant un *vindex* qui prend sa cause et se charge de l'affaire que celui qui est ainsi appelé et entraîné *in jus* peut se dispenser d'y aller (2). — Du reste, la jurisprudence a admis de bonne heure ce principe, que la maison du citoyen est pour lui un asile inviolable d'où il ne peut être ni appelé ni entraîné au tribunal (3). Il est aussi plusieurs exceptions qui ne permettent pas d'appeler *in jus* certaines personnes : soit à cause de leur dignité, comme les préteurs et les consuls, ou du respect qui leur est dû, par exemple un ascendant ou un patron qu'il serait contre nature de voir ainsi conduits *obtorto collo* par leur descendant ou par leur affranchi; soit par d'autres motifs, comme le pontife pendant qu'il procède aux sacrifices, l'homme ou la femme dans la cérémonie de leur mariage (4) : ces exceptions, confirmées par la jurisprudence ou par l'édit, ont indubitablement leur source dans des coutumes antiques. L'ascendant et le patron ne peuvent être appelés *in jus* que sur l'autorisation spéciale du magistrat (5).

1899. Arrivées devant le magistrat, après un exposé préliminaire de l'affaire et de leurs dires respectifs, exposé qui paraît avoir été libre et dégagé de termes sacramentels (ci-dessus, n° 1862), les parties procèdent à l'accomplissement, selon le rite consacré, de l'action de la loi qu'elles exercent. — Si l'affaire est de nature à pouvoir être décidée par le pouvoir même du magistrat, le procès se termine devant lui. Il en est toujours ainsi dans l'action de la loi *per manus injectionem*, non-seulement lorsqu'il s'agit d'une chose déjà jugée, ou d'une dette avouée, mais encore dans tous les autres cas auxquels s'applique cette action, même lorsque la dette y est contestée. Le magistrat statue lui-même sans renvoi devant aucun juge. — Si le litige n'est pas de cette nature, il y a lieu à la nomination d'un juge ou d'un arbitre, ou au renvoi devant les centumvirs.

---

(1) PLAUTE : *Rudens*, act. III, scène VI, vers 15, 29 et suiv. — *Pœnulus*, act. III, scène V, vers 45 : « *Priusquam obtorto collo ad prætorem trahar?* — TÉRENCE, *Phormio*. act. V, scène X, vers 92 : « *Rape hunc !* » — (2) Voir sur toute cette matière les dispositions mêmes de la loi des Douze Tables, tom. I, *Hist.*, table I, p. 98. — (3) DIG. 2. 4. *De in jus vocando*, 18 : « Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium ac receptaculum sit, cumque qui inde in jus vocaret vim inferre videri. » Fragment de Gaius, dans son Commentaire sur la loi des Douze Tables, liv. 1er. — Voir toutefois, *Ibid.* 21. f. Paul. — (4) *Ibid.* 2. f. Ulp. — (5) GAI. Comm. 4. §§ 46 et 183.

1900. Probablement, dans le principe, le juge se donnait de suite; mais depuis la loi PINARIA, un délai de trente jours est établi, du moins dans l'action *sacramenti*, au bout duquel les parties, revenues devant le magistrat, reçoivent le juge désigné ou agréé par elles (1). C'est l'*addictio* ou la *datio judicis*.

1901. Le juge donné, les parties se somment mutuellement de comparaître devant lui le troisième jour. Ce jour porte le nom de *comperendinus* ou *perendinus dies* (2); l'affaire parvenue à ce point de la procédure est dite *res comperendinata* (3); et cette sommation, cette dénonciation réciproque, s'appelle *comperendinatio* (4).

1902. En outre, les parties se garantissent leur comparution devant le juge au jour indiqué, en se donnant réciproquement des répondants de cette comparution. Ces répondants se nomment *vas*, *vades* au pluriel; et l'acte, dans son ensemble, *vadimonium*. — Les parties recourent également à un *vadimonium*, pour se garantir leur comparution *in jure*, lorsque l'affaire devant le magistrat n'a pu se terminer le même jour (5). Ainsi le *vadimo-*

---

(1) GAI. Comm. 4. § 15 : « ... *Ad* judicem accipiendum venirent. Postea vero reversis dabatur... xxx judex; idque per legem Pinariam factum est. » — Passage qu'il faut compléter par celui-ci, tiré d'ASCONIUS, dans son Commentaire sur les Verrines de CICÉRON (*in Verr.* actio 2. lib. 1. § 9) : « Namque cum in rem aliquam agerent litigatores, et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem. » — (2) GAI. *Ibid.* « Postea tamen quam judex datus esset, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. » — ASCONIUS. *Ibid.* « Quo (judice) dato, inter se comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. » — C'est à cela que fait allusion Cicéron (*Pro Muræna*, c. 12), lorsqu'il s'étonne ironiquement que tant d'hommes, doués de tant d'esprit, n'aient pu depuis si longtemps décider s'il faut dire *dies tertius*, ou *dies perendinus* : « ... utrum diem *tertium* an *perendinum*... *rem* an *litem*, diei oporteret. » — (3) FESTUS, au mot *Res*. — (4) ASCONIUS, *in Verr.* actio 2, lib. 1. § 9. : « Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. » — (5) La loi des Douze Tables faisait mention de cet acte de la procédure; il ne nous en est resté que ces mots : VADES, SUBVADES (voir notre tom. I, *Hist.*, tab. I. § 9, pag. 99, avec les notes à l'appui). Ce passage de MACROBE (sat. 1. 6.) : « Comperendini (dies), quibus vadimonium licet dicere, » indique que le *vadimonium* s'appliquait à la comparution au jour *comperendinus*, c'est-à-dire devant le juge. — Et, d'un autre côté, la définition qu'en donne GAIUS (Comm. 4. § 184) : « Qui autem in jus vocatus fuerit (*ab*) adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti, » définition que nous n'hésitons pas à appliquer même au système des actions de la loi, d'où le second a été tiré, prouve que le *vadimonium* s'appliquait également à la comparution devant le magistrat. — Il faut bien distinguer, dans toute cette procédure des actions de la loi, ces trois sortes d'intercesseurs différents : 1° le *vindex*, qui prend la cause, se charge lui-même de l'affaire : il dégage ainsi celui contre qui est exercée la *manus injectio*, soit extrajudiciaire dans l'*in jus vocatio*, soit judiciaire dans l'action de la loi qui porte ce nom; 2° le *præs*, au pluriel *prædes*, qui répondent au magistrat du payement du *sacramentum* (*prædes sacramenti*); ou à la partie de la restitution de la chose et des fruits (*prædes litis et vindiciarum*); 3° enfin le *vas*, au pluriel *vades*, qui répondent réciproquement aux parties de leur comparution,

*nium* est employé, sous ce système, pour garantir la comparution tant devant le magistrat, s'il y a lieu, que devant le juge.

1903. Toute cette procédure, accomplie devant le magistrat pour organiser et pour préparer l'instance, s'est passée oralement, sans qu'aucun écrit ait été rédigé, sans que le magistrat, dans ce système, ait dressé aucune instruction écrite pour le juge : il faut donc que les parties recourent, pour la constater, aux témoignages de témoins présents. C'est ce qu'elles font en prenant chacune solennellement des personnes à témoin, en ces termes : *Testes estote!* C'est là ce qui s'appelle *contestari litem*, constater le litige ; et ce dernier acte de la procédure *in jure* porte le nom de *litis contestatio*, constatation du litige (1). Il aura, dans le système suivant, des effets bien caractérisés et importants à noter.

1904. La partie de la procédure qui doit s'accomplir devant le magistrat ainsi terminée et constatée, reste l'instance devant le juge. Les plaideurs commencent devant lui par indiquer en bref leur affaire ; c'est ce qui se nomme chez nous poser des conclusions, et chez les Romains *causæ collectio* ou *conjectio* (2).

1905. Puis viennent les divers moyens d'instruction : preuves par témoins ou autres, examen des lieux, et les plaidoiries en détail. Le tout se termine par la sentence (*sententia*), qui met fin à la mission du juge.

1906. Pour l'exécution, en cas de difficulté, il faut revenir au magistrat, puisque seul il a l'*imperium*. Cette exécution, en matière de droits réels, s'opère, au besoin, avec l'aide de la force publique (*manu militari*) et atteint directement l'objet même du droit. Pour

---

soit *in jure*, soit devant le juge. VARRON, *De ling. latin.* V. 7, signale, quoique sous le système suivant, quelques-unes de ces différences : « *Sponsor*, et *Præs* et *Vas*, neque idem, neque res a quibus ii, sed e re simile. Itaque *Præs* qui a magistratu interrogatus in publicum ut præstet ; a quo, cum respondet, dicitur *Præs*. *Vas* appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. »

(1) FESTUS ; « *Contestari* est cum uterque reus dicit · *Testes estote*. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : *Testes estote!* » — AUL.-GELL. *Noct. attic.* V. 10, où l'on voit indubitablement que la *litis contestatio* se faisait *in jure*. — CICÉRON, *Att.* XVI. 15. — (2) GAI. Comm. 4. § 15 : « Deinde cum ad judicem venerant antequam apud eum *causam* perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere : quæ dicebatur causæ collectio, quasi causæ suæ in breve coactio. » —ASCONIUS, *In Verr.* actio 2. lib. 1. § 9 : « Quo cum esset ventum (ad judicem), antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant : quod ipsum dicebatur *causæ conjectio*, quasi causæ suæ in breve coactio. » La similitude entre Gaius et Asconius, dans ce passage et dans ceux que nous avons cités ci-dessus, note 2 de la page précédente, est remarquable. Soit que les notes attribuées à Asconius, contemporain d'Auguste et de Tibère, soient véritablement de lui, soit qu'elles appartiennent à un écrivain bien postérieur, comme on a lieu de le penser aujourd'hui, ces divers passages ont été indubitablement rédigés l'un sur l'autre, ou au moins sur un document commun. — AUL.-GELL. *Noct. attic.* V. 10. — DIG. 50. 17. *De regul. jur.* 1. f. Paul. : « Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat... Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi *causæ conjectio* est. »

les obligations, sauf les cas bien rares de la *pignoris capio*, ou ceux dans lesquels les biens ou quelques biens ont été engagés *per æs et libram* en sûreté de la dette, l'exécution forcée n'atteint directement que la personne du débiteur, au moyen de l'action de la loi *per manus injectionem*.

1907. Les actions de la loi, toujours à l'exception de la *pignoris capio*, ne peuvent avoir lieu que dans certains jours de l'année, où il est permis au magistrat d'exercer la juridiction (de dire le droit), et que l'on appelle pour cela jours *fastes* (de *fari*, parler). Les autres jours sont *néfastes* : alors, pour employer le langage poétique d'Ovide, les trois mots consacrés de la juridiction, DO, DICO, ADDICO, restent dans le silence.

« Hic nefastus erit, per quem tria verba silentur;
» Fastus erit, per quem lege licebit agi (1). »

La fixation des fastes est, dans le principe, une affaire toute pontificale, tenue dans le secret, dont nous connaissons la première divulgation par Flavius (tom. I, *Hist.*, n^os 41 et suiv., 176), mais qui, par sa nature, reste toujours susceptible d'une certaine variation. Les actions de la loi étaient généralement supprimées depuis plus d'un siècle, lorsque, pour la commodité des gens de la campagne, les jours de marché (*nundinæ*), qui avaient lieu de neuvaine en neuvaine, furent mis législativement au nombre des jours fastes, par la loi HORTENSIA, *De nundinis* (an 685 de Rome) (2).

1908. Le principe que la juridiction et la justice s'administrent publiquement est un principe de tous les temps dans le droit romain. Mais sous le système des actions de la loi, cette publicité est largement organisée : c'est au *forum*, en plein jour, que s'exerce la juridiction, et le coucher du soleil est le terme suprême (*suprema tempestas*) de toute procédure (3) : « Tu veux me faire tout recommencer, coquin, afin que le jour me manque, »

« Omnia iterum vis memorari, scelus, ut defiat dies, »

dit, dans la comédie de Plaute, Trachalion, fatigué des interpellations de son adversaire (4).

(1) OVID. *Fast.* 1. vers 47 et suiv. — VARRO. *De ling. lat.* V. « Dies *fasti*, per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari. — Dies *nefasti*, per quos dies nefas fari prætorem : DO, DICO, ADDICO. » — (2) MACROBE, *Sat.* I. 15. 16. « Lege Hortensia effectum, ut fastæ essent nundinæ, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant lites componerent. Nefasto enim die prætori fari non licebat. » — (3) Voir le texte des Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. I. § 6 et suiv. — (4) PLAUTE, *Rudens*, acte IV, scène IV, vers 63.

### SECOND SYSTÈME. — *De la procédure par formules* (ordinaria judicia).

#### *Origine et développement de ce système.*

1909. Toute l'histoire du droit romain se résume dans cette proposition : le droit quiritaire s'humanise. Il en est de même de l'histoire de sa procédure. Le système des actions de la loi, exclusivement réservé aux seuls citoyens, va graduellement disparaître devant un système approprié au droit des gens et à l'usage des pérégrins. La démolition de l'action primitive, le *sacramentum*, va continuer et s'achever.

Au point où nous sommes parvenus, le *sacramentum* n'est réellement plus employé que dans les questions d'état, de domaine quiritaire et de succession, de la compétence du collége des centumvirs, et dans quelques cas particuliers restés en dehors des autres actions de la loi. Pour les obligations en général, la *judicis postulatio* et la *condictio* l'ont supplanté. — Elles vont disparaître elles-mêmes les premières, pour faire place à une procédure plus simple, introduite d'abord à l'occasion des pérégrins; et enfin le *sacramentum*, à son tour, sera remplacé par ce système, même dans les cas où son emploi s'était maintenu.

1910. Dans les premières années du sixième siècle de Rome (1), fort peu de temps avant les lois SILIA et CALPURNIA, qui créèrent et développèrent la dernière action de la loi, la *condictio* (2), fut institué le préteur pérégrin (*prætor peregrinus*), chargé spécialement de la juridiction dans les rapports des pérégrins entre eux ou avec les Romains (*plerumque inter peregrinos jus dicebat, inter cives et peregrinos jus dicebat*). Il ne pouvait être question ici de la procédure des actions de la loi, puisqu'elle était réservée aux seuls citoyens; ni du droit civil et de ses conséquences diverses soit pour la propriété, soit pour les obligations ou pour tous autres points, puisque les pérégrins y étaient étrangers; ni même enfin du juge ordinaire des citoyens, de ce juge pris dans la classe sénatoriale. Le juge, la procédure et le droit lui-même, tout était à créer ou à régler par la seule puissance (*imperium*) et par la juridiction du magistrat.

Alors, dans les mains de cette magistrature spéciale, furent régularisés et commencèrent à prendre la consistance d'un système particulier, des pratiques qui, sans doute, avaient leur germe plus haut, et qui doivent remonter à l'époque où la juridiction pour les pérégrins était encore exercée à l'extraordinaire, par le magistrat commun, comme cas rares et exceptionnels.

(1) An de Rome 507, selon LYDUS, *De magistrat.* I, 38. 45 (tom. I, *Hist.*, n° 222). — (2) La première, par conjecture, en 510, et la seconde en 520 de Rome (tom. I, *Hist.*, n° 243).

1911. Le préteur pérégrin devant qui comparaissaient *in jure* les deux plaideurs, dont l'un au moins était étranger, après l'exposé réciproque de leur affaire, leur donnait pour juge non pas le juge unique à l'usage des citoyens, pris dans l'*ordo senatorius*, mais plusieurs récupérateurs, ces antiques jugeurs des pérégrins (1), au nombre de trois ordinairement ou de cinq, pris et agréés, même inopinément, sans distinction, parmi les citoyens ou les personnes présentes au tribunal. — Et comme il n'était pas question ici de droit civil, mais que tout était à régler par l'*imperium*, et par la juridiction du préteur, celui-ci délivrait aux parties une sorte d'instruction écrite, ou sentence conditionnelle, selon l'expression de M. de Savigny, rédigée pour les récupérateurs, dans laquelle, après avoir constitué ces derniers dans leur pouvoir en ces termes : RECUPERATORES SUNTO, il leur indiquait la décision qu'ils auraient à prononcer, vérification faite des points soumis à leur appréciation. C'est ce qui se nomme une formule (*formula*), qu'il faut soigneusement distinguer des formules ou paroles sacramentelles prononcées dans les actions de la loi (2). — De ce même fait, qu'il ne pouvait pas être question ici de droit civil, résultent encore plusieurs conséquences, mais, entre autres, deux fort importantes à remarquer :

1912. 1° Le préteur pérégrin ne peut pas poser aux récupérateurs, dans sa formule, une question de droit civil, puisqu'on est en dehors de ce droit ; mais dès l'abord il désigne les faits qui se sont passés, selon le dire des parties, et qu'il donne à vérifier (*sed initio formulæ, nominato eo quod factum est*) ; par exemple : « RECUPERATORES SUNTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE. » Après quoi, il ajoute les paroles par lesquelles il donne aux récupérateurs le pouvoir de condamner ou d'absoudre, selon que ces faits seront ou non vérifiés (*adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur*), leur indiquant la condamnation à prononcer, quelquefois d'une manière rigoureusement précise, quelquefois avec une certaine latitude ; par exemple : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM RECUPERATORES NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATE : SI NON PARET, ABSOLVITE (3). » On voit que dans ces formules ou sentences conditionnelles, telles qu'elles prennent naissance pour les pérégrins, il n'y a encore que deux parties : la

---

(1) Voir tom. I, *Hist.*, nos 164 et 165, avec la note 3. — (2) Voir cette distinction établie tom. I, *Hist.*, n° 246. — (3) Voir GAI. Comm. 4. §§ 46 et 47. — AULUS AGERIUS et NUMERIUS NEGIDIUS, ou simplement A. A. et N. N., sont les noms supposés des plaideurs fictifs dans le formulaire des jurisconsultes romains. — La formule *in factum* que nous donnons ici est prise par Gaius à l'époque où le système formulaire s'applique même aux citoyens. Nous la reportons à l'origine de ce système, pour l'usage d'abord des pérégrins, avec emploi de récupérateurs.

première qui contient les faits à vérifier et à apprécier, sous cette forme conditionnelle, SI PARET (s'il est prouvé) : c'est en quelque sorte la condition mise à la condamnation; la seconde qui contient la condamnation à prononcer, avec la mission alternative d'absoudre si les faits ne sont pas prouvés, SI NON PARET. Cette espèce de formule est celle qu'on dit être conçue en fait, *in factum concepta*. C'est, sans doute, la première créée, c'est la seule régulièrement possible pour les pérégrins. En s'étendant aux citoyens et en se perfectionnant, d'autres conceptions de formules et deux autres parties de plus auront été imaginées.

1913. 2° Par la même raison que le droit civil ne peut recevoir ici d'application, il ne peut pas y être question pour le juge de reconnaître ni d'attribuer aucune propriété *ex jure Quiritium*, aucun de ses démembrements, aucun état ou droit réel, ni même de faire exécuter directement et en elle-même aucune obligation suivant les règles du droit civil : la condamnation ne peut pas avoir pour objet, comme dans les actions de la loi, la chose même demandée. Tout se résout, dans tous les cas, en une somme pécuniaire en laquelle le préteur pérégrin, en vertu de sa puissance et de sa juridiction, autorise les récupérateurs à condamner le défendeur s'il succombe. Voilà, selon moi, l'origine de ce principe remarquable, qui devient le caractère particulier du système formulaire, même après son extension aux citoyens, savoir que toute condamnation y est pécunaire (1).

1914. Dans les actions de la loi, c'est la puissance de la loi quiritaire qui se fait sentir partout : le droit existe. Ici, c'est celle du préteur : le droit est à créer. C'est le préteur qui donne l'action aux parties; qui accommode une décision, et, par conséquent, qui crée en quelque sorte un droit pour les faits qu'il pose en question; qui interpelle le juge constitué par lui, et lui confère le pouvoir de condamner le défendeur en une somme pécuniaire plus ou moins rigoureusement déterminée, ou de l'absoudre. Tout se ressent de la situation dans laquelle on se trouve, en dehors du droit civil; tout ressort presque forcément de cette situation.

1915. Telle est la procédure que les citoyens virent pratiquer régulièrement, à partir des premières années du sixième siècle de Rome, dans les procès entre pérégrins, et dans leurs propres affaires avec ces derniers. Elle était beaucoup plus simple que celle des actions de la loi, et de nature à se plier avec flexibilité aux changements et aux améliorations progressives de la civilisation croissante. Ce fut peu de temps après que l'antique action de la loi, le *sacramentum*, fut, par suite du besoin de simplification qu'on éprouvait, dépouillée de son dernier domaine en matière d'obligation, au moyen de la création de la *condictio*.

(1) GAI. Comm. 4. § 48.

Mais cette simplification ne tarda pas à paraître encore insuffisante, et les citoyens commencèrent, sans aucune loi précise, par le seul entraînement de la coutume, à recourir au système formulaire et à demander au préteur l'action de la formule, même pour leurs procès entre eux. Cette tendance fut favorisée, entre autres causes, par cette circonstance, que chez les Romains les magistrats investis de la juridiction n'étaient pas exclusivement restreints chacun dans sa sphère spéciale; mais qu'ils pouvaient, au besoin, se suppléer l'un l'autre : par exemple, le préteur pérégrin remplacer le préteur urbain dans les procès entre citoyens, et réciproquement.

1916. Mais du moment qu'il fut question d'étendre même aux citoyens entre eux le système formulaire, il dut y être apporté des additions et des perfectionnements. En effet, on tombait ici dans le droit civil, et la procédure légale était celle des actions de la loi. Les préteurs s'efforcèrent donc de paraître, autant que possible, accommoder le système qu'ils avaient créé à celui des actions de la loi, en imitant de celui-ci quelques pratiques et des paroles qui pouvaient se transporter facilement dans le leur. Les traces de cette imitation ne nous sont pas bien connues, par une raison toute simple, c'est que les détails et les paroles des actions de la loi, surtout en matière d'obligations, nous étant restés pour la plupart ignorés, il nous est impossible d'établir une comparaison complète. Cependant nous trouvons plusieurs indices incontestables de cette transfusion.

1917. De ce nombre sont les *sponsiones*, dérivation évidente du *sacramentum*. — Le *sacramentum*, du moment que le dépôt réel de la somme voulue avait été remplacé par la dation des répondants ou *prædes sacramenti*, ne s'était plus constitué que par des *sponsiones*, ce mode d'engagement solennel et verbal des citoyens, au moyen de ces paroles : SPONDESNE? SPONDEO. C'était le préteur qui interrogeait les *prædes sacramenti*, c'était à lui qu'ils répondaient, et envers lui, pour l'État, qu'ils étaient obligés, le *sacramentum* de la partie qui perdrait devant être acquis au trésor public. — Ces provocations servirent de transition des actions de la loi à la procédure formulaire appliquée aux citoyens, toutefois en se simplifiant et en devenant moins onéreuses pour les parties. Au lieu de donner des répondants, les parties durent s'engager elles-mêmes par la *sponsio* : elles avaient été dispensées d'abord de la consignation réelle, maintenant elles l'étaient de l'embarras de trouver des répondants, leur engagement personnel suffisait. En outre, au lieu de s'engager envers le préteur, elles s'engagèrent devant ce magistrat, *in jure*, mais l'une envers l'autre : d'où les noms de *sponsio* et de *restipulatio* pour ces stipulations réciproques : *sponsio* pour l'interrogation du demandeur, *restipulatio* pour celle du défendeur (*spondere* pour l'un, et *restipulari* pour l'autre). De cette manière la somme promise par

le plaideur perdant sera acquise, non plus au trésor public, mais au plaideur gagnant. C'est ainsi que cette provocation prend le caractère tout à fait déterminé d'une gageure. Et même dans les expressions, elle en a toute la forme : *si telle chose a lieu* (SI), *ou si telle chose n'a pas lieu* (NI) *promets-tu tant* (1)? — Sur cette gageure était construite une formule par laquelle le juge avait à vérifier les faits posés comme base du pari : en décidant qui devait payer la gageure, ou, en d'autres termes, quelle était la *sponsio* juste ou injuste, il décidait par cela même le procès. Dans la plupart des cas, la *sponsio* avait un caractère pénal; c'était la peine du procès injuste : de telle sorte que soit le demandeur, soit le défendeur, devait la perdre pour avoir plaidé injustement, et, en outre, le défendeur, si c'était lui qui succombait, était encore condamné au principal du procès. C'était ce qui avait lieu en matière d'obligations (2). Dans d'autres cas la *sponsio* n'était véritablement qu'un moyen préjudiciel d'engager le procès par le système formulaire : c'est ce que nous verrons pour les réclamations de propriété et autres droits réels. Ici, comme dit Gaius, la *sponsio* n'est pas pénale, mais préjudicielle : « Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis (3). » — La transfusion du *sacramentum* de l'action de la loi, dans la *sponsio* du système formulaire, est de toute évidence : Gaius, du reste, l'énonce en termes formels (4). Mais il y a plus : ce n'est pas directement de l'action *sacramento* à la procédure formulaire que cette transfusion s'est opérée; la transition a été encore plus ménagée, il y a un intermédiaire. Il est de toute probabilité que c'est sous le régime même des actions de la loi, lorsque l'action *sacramento* a été remplacée par la *condictio* pour les obligations de donner une chose certaine, que la *sponsio* a été substituée au *sacramentum*. Cette substitution, qui était une amélioration notable, serait l'œuvre de la loi SILIA; les *sponsiones* et *restipulationes* auraient fait partie des formalités de la *condictio* qui nous sont restées inconnues; et ce serait là que le système formulaire, achevant la transformation, les aurait recueillies (5). — La somme de la *spon-*

(1) GAI. Comm. 4. § 93 : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » — *Ibid.* § 165 : « Si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit. » — *Ibid.* § 166 : « QUÆ ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT, INVICEM SI NON RESTITUANTUR, DARE SPONDES? » — CICÉR. *Pro Cæcin.* c. 16. 23. — *Verr.* III. 57. 59. — *Pro Quint.* c. 27. — *De offic.* III. 19. — ASCON. *In Verr.* I. 45. — VALER. MAX. II. 8. — AUL.-GELL. *Noct. attic.* VII. 2. — (2) GAI. Comm. 4. § 13 : « *Sponsionis et restipulationis pœna.* » — *Ibid.* § 171. — De même pour les interdits : §§ 167 et 168. — Chez nous, on lit dans une ordonnance de la fin du treizième siècle : *Volumus quod in litis initio contestatæ reddant pignora litigantes usque ad valorem decimæ partis.* — M. LEFÈVRE, lieutenant de vaisseau, connu dans la science par plusieurs voyages d'exploration en Abyssinie, rapporte que, dans ce pays, la manière d'engager un procès consiste encore en un pari préalable entre les parties. — (3) GAI. Comm. 4, 94. — (4) GAI. Comm. 4. § 13. — (5) L'action *certæ creditæ pecuniæ*, objet de la loi SILIA, est

*sio* n'était pas une somme certaine et radicalement déterminée comme celle du *sacramentum*. Quelquefois elle était d'une certaine fraction de la somme demandée, par exemple le tiers, la moitié (1); d'autres fois elle paraît avoir été abandonnée à la volonté des parties : il en était ainsi, comme nous le verrons bientôt, pour les réclamations de propriété. — C'était le demandeur qui provoquait à la *sponsio*; d'où les expressions : *sponsione provocare, aggredi, lacessere*; gagner le procès, pour lui se disait : *sponsione vincere*; et pour le défendeur *sponsionem vincere* (2) : tout cela est presque déduit identiquement des locutions appliquées au *sacramentum*. Plaider, agir par cette procédure, se disait : *sponsione certare, agere per sponsionem*, ou *agere cum periculo*; et, par opposition, *agere per formulam, agere sine periculo*, lorsqu'il n'intervenait aucune gageure semblable (3). — La procédure *per sponsionem* était imposée quelquefois aux parties, soit par quelques dispositions de la loi ou par des édits, soit par le magistrat, suivant les circonstances particulières de la cause. Gaius nous en donne des exemples pour les actions *creditæ pecuniæ, de pecunia constituta*, et pour les interdits (4). D'autres fois, il était libre au demandeur de prendre l'une ou l'autre marche, et d'agir *cum periculo* ou *sine periculo*. Nous sommes porté à croire qu'il y a eu là un acheminement graduel pour opérer le passage de la procédure des actions de la loi à celle des formules, et que les *sponsiones*, obligatoires dans la première pratique formulaire, ont fini par y devenir facultatives. Cet acheminement progressif nous apparaîtra d'une manière bien saillante dans les actions en réclamation de propriété et de droits réels.

1918. Nous avons encore une trace évidente de la manière dont les préteurs avaient rattaché leur système formulaire à celui des actions de la loi, dans ces actions dont la formule était rédigée par fiction d'une action de la loi : « *Quæ ad legis actionem expri-*

précisément celle où la procédure a lieu par *sponsionem*. « Atque hoc tempore periculosa est actio creditæ pecuniæ propter sponsionem... et restipulationem. » (Gai. Comm. 4. § 13. — Le montant de la *sponsio* et de la *restipulatio* est ici du tiers de la somme demandée : « Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta : sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis; constitutæ vero partis dimidiæ. » (Gai. Comm. 4. § 171.) — Cicéron appelle cette fraction *legitima pars*, ce qui indique qu'elle a été fixée par une loi : « Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est. » (Cicér. *pro Rosc.* 4.) — « Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. » (*Ibid.* c. 5.) — Enfin la tendance du système formulaire a été de simplifier. Il n'aurait pas introduit la *sponsio*, en place du *sacramentum*, dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*, si déjà la *condictio* introduite pour cet objet par la loi Silia avait supprimé toute formalité semblable.

(1) Voir les deux exemples cités à la note précédente. — (2) Gai. Comm. 4. § 165. — Cicér. *pro Tull.* 30; *pro Cæcin.* 31. 32; *pro Quint.* 27; ad Her. IV. 23. — (3) Gai. Comm. 4. §§ 91. 162. 165, etc. — (4) Gai. Comm. 4. §§ 13. 162. 171 et suiv.

*muntur,* » dit Gaius; par opposition à celles qui prenaient leur force en elles-mêmes : « *Quæ sua vi ac potestate constant* (1). » Ce n'est même qu'à l'occasion de ces sortes de formules fictices que Gaius se met à faire l'exposé des actions de la loi. Mais la lacune qui existe dans son manuscrit à l'endroit où il énumérait ces diverses fictions nous empêche de les connaître. Nous n'avons pour exemple qu'une fiction de la *pignoris capio* accordée aux publicains, et qui consiste en ce que le juge est chargé, par la formule, de condamner, s'il y a lieu, celui qui est poursuivi par le publicain, précisément à la même somme qu'il aurait été obligé de payer pour dégager le gage si l'action de la loi *per pignoris capionem* avait été exercée contre lui (2). Nous voyons par là que ce n'est pas la forme des actions de la loi qui est transportée ici dans le système formulaire; mais bien le droit, le résultat qu'elle devait produire : de manière qu'on arrive par la formule au même effet que par l'action de la loi. Gaius nous dit, du reste, qu'aucune formule n'avait été rédigée par fiction de la condiction : « Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur (3); » c'est-à-dire que lorsque nous soutenons qu'une chose certaine doit nous être donnée, la formule ne se réfère pas, pour la condamnation à prononcer, à l'effet qu'aurait produit l'action de la loi *per condictionem;* mais elle a par elle-même son effet propre et particulier : « *Sua vi ac potestate valet.* » Gaius en dit autant des actions *commodati, fiduciæ, negotiorum gestorum,* et autres innombrables, ajoute-t-il : ce qui se réfère à autant d'applications de l'action de la loi *per judicis postulationem.*

1919. Enfin dans les diverses parties et dans certaines expressions même des formules, nous trouvons encore des indices de leur analogie avec les actions de la loi, et de l'art avec lequel les préteurs avaient paru déduire les unes des autres. — Du moment qu'il ne s'agissait plus de pérégrins, mais que c'étaient des citoyens romains qui pour leurs procès entre eux recouraient aux formules, il pouvait surgir de véritables contestations de droit civil, soit d'obligations, soit de propriété; et, par conséquent, la question à poser dans la formule pouvait ne plus être une simple question de fait à laquelle le préteur attachait une décision en vertu de sa puissance, mais une véritable question de droit civil. Par exemple : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; » ou bien : « QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; » ou bien encore : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » En effet, savoir si Numérius Négidius est obligé de donner ou de faire (*dare,* ou *dare facere oportere*), ou si tel esclave est à Aulus Agérius selon le droit quiri-

(1) GAI. Comm. 4. § 10. — (2) *Ibid.* § 32. — (3) *Ibid.* § 33. N'y a-t-il pas une bonne raison à cela : savoir, que la condamnation était toujours pécuniaire dans la formule, tandis qu'elle atteignait la chose même dans l'action de la loi *per condictionem?*

taire, ce sont autant de questions de droit civil. Gaius dit positivement que, dans de telles formules, *de jure quæritur;* ou qu'elles sont *in jus conceptæ* (1). Mais cette question de droit civil ne peut pas être ordinairement posée ainsi de but en blanc, d'une manière illimitée, sans aucune indication des faits qui y donnent lieu. Il faut donc que la formule contienne une partie préliminaire qui désigne au juge l'affaire dont il s'agit en fait (*res de qua agitur*), et qui lui fixe ainsi, sous ce rapport, sa mission. C'est ainsi que la formule qui, à l'égard des pérégrins, n'avait jamais que deux parties, se complique à l'égard des citoyens pour leurs contestations de droit civil, et se décompose en trois parties : — La première qui montre la chose dont il s'agit et les faits dont le juge aura à connaître : « JUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR... » — La seconde qui pose la question de droit ressortant de ces faits, selon la prétention du demandeur : « QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA... » — Enfin la dernière qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre : « EJUS JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT : SI NON PARET, ABSOLVITO. » D'après leur destination réciproque, la première de ces parties se nomme *demonstratio*, la seconde *intentio*, et la troisième *condemnatio*, y compris aussi, comme alternative, l'absolution. — Les paroles sacramentelles que les plaideurs prononçaient dans les actions de la loi ne nous sont pas assez parvenues pour que nous puissions juger jusqu'à quel point les préteurs les avaient fait passer dans ces diverses parties de leurs formules ; mais par le peu que nous connaissons, nous voyons déjà des traces suffisantes de cette translation. Ainsi, dans les actions de la loi, soit par l'apport au tribunal des objets ou de quelque signe représentatif de ces objets, soit par les interpellations réciproques que s'adressaient les plaideurs, la chose dont il s'agissait était démontrée, et les prétentions de droit du demandeur annoncées. Dans les formules, les pantomimes, les symboles, tout ce qui est matériel a disparu ; ce ne sont plus les plaideurs qui se parlent tour à tour, c'est le magistrat qui s'adresse au juge ; mais il imite autant que possible la partie substantielle des paroles prononcées dans les actions de la loi. Ainsi, une des interpellations par lesquelles le demandeur, dans les actions de la loi, montre la chose dont il s'agit et les faits sur lesquels il s'appuie, nous a été conservée ; c'est celle de l'action *per manus injectionem* : « QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES (2). » Telle est précisément la tournure que le préteur a transportée dans la *demonstratio* de ses formules : « QUOD AULUS AGERIUS..., etc. ; » et même, ce qui n'a pas encore été assez remarqué, que je sache, nous trouvons dans Gaius la *demonstratio*, avant

(1) GAI. Comm. 4. §§ 41 et 45. — (2) GAI. Comm. 4. § 21, rapproché du § 24.

que le magistrat l'ait fait passer en son propre nom dans la formule, sous cette vieille forme de l'allocution d'un plaideur à l'autre : « QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI (1). » De même nous avons, non pas en matière d'obligation, mais en matière de propriété, les paroles par lesquelles les parties, dans les actions de la loi, annonçaient leur prétention : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO....., » etc. (ci-dessus, n° 1863). Ce sont précisément les mêmes paroles que le prêteur transporte, presque identiquement, dans l'*intentio* de sa formule en cette matière : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » Ce parallèle est convaincant, et s'il ne peut pas être poussé plus loin, c'est que les interpellations sacramentelles des actions de la loi nous manquent, surtout en fait d'obligations. — De cette même considération, qu'entre citoyens il peut être question de droit civil et de domaine quiritaire, a surgi, pour les formules, la possibilité, dans certains cas particuliers, d'une quatrième partie distincte des trois qui précèdent. En effet, dans l'action en partage d'hérédité (*familiæ erciscundæ*), qui dérive des Douze Tables, et dans celle en partage d'une chose commune (*communi dividundo*), le fond de l'affaire consiste à attribuer à chaque copartageant la propriété exclusive du lot qui doit lui revenir ; de même, dans l'action en règlement des limites entre voisins (*finium regundorum*), qui dérive aussi des Douze Tables, les Romains avaient admis que le juge pouvait, si c'était nécessaire pour une meilleure détermination, modifier les limites existantes, et par conséquent, attribuer à l'un une part de la propriété de l'autre. Nous ne savons pas précisément comment il était pourvu à ces nécessités dans le système des actions de la loi ; mais dans celui des formules, le prêteur dut donner au juge, par une clause spéciale, le pouvoir de faire ces attributions de propriété. D'où, pour les formules, une quatrième partie, l'*adjudicatio*, qui se trouve seulement dans ces trois actions particulières : « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO (2). »

1920. Voilà comment la conception des formules, imaginée d'abord dans sa plus grande simplicité, et avec deux parties seulement, pour les pérégrins, parce qu'on était là en dehors du droit civil, s'est développée et augmentée lorsqu'on en a fait l'application aux citoyens, et comment sont nées les quatre parties distinctes dont elles peuvent se composer. Du reste, même pour les citoyens, il est possible, selon la diversité des cas, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, et notamment lorsqu'il ne s'agit pas de questions de droit civil, que la formule reste dans sa simplicité primitive, c'est-à-dire conçue *in factum*, avec deux parties seulement.

1921. L'application du système formulaire aux citoyens romains

(1) GAI. Comm. 4. § 59. — (2) GAI. Comm. 4. § 42

étendit aussi à eux l'emploi des récupérateurs, qui avaient pris naissance à l'occasion des seuls pérégrins. Toutefois, ce ne fut pas comme règle générale, mais seulement dans certaines causes. Le préteur, comme droit commun, donne aux parties, par sa formule, l'*unus judex* ou l'*arbiter*, selon les règles propres aux citoyens.

1922. Enfin, en empruntant à la juridiction des pérégrins la voie formulaire, les citoyens en retinrent ce principe que toute condamnation est pécuniaire, quoiqu'il n'y eût pas pour eux la même nécessité; et ils abandonnèrent celui des actions de la loi, dans lesquelles la sentence pouvait atteindre directement l'objet même de la demande.

1923. Tout cela s'était passé, dans l'exercice de la juridiction prétorienne, avant même la publication de la loi ÆBUTIA, pendant que les actions de la loi étaient encore la seule procédure légale. De la création du préteur pérégrin à la publication de cette loi, il y a, selon nous, un intervalle d'environ soixante-dix ou quatre-vingts ans : et c'est dans cet espace de temps que se place le premier développement du système formulaire appliqué, dans l'usage, aux citoyens. Si l'on veut se rendre compte de l'effet produit par la loi ÆBUTIA, que l'on considère, par tout ce qui précède, l'état où était parvenue la procédure, au moment de sa publication; parmi les actions de la loi pour le procès, le *sacramentum* n'était plus employé que pour les questions d'état et de droits réels, c'est-à-dire devant le collége des centumvirs, et pour quelques causes spéciales. Les actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem* constituaient légalement la procédure pour les obligations; mais en fait, pour ces matières, les citoyens, imitant ce qui se pratiquait à l'occasion des pérégrins, préféraient le plus souvent solliciter du préteur, pour eux-mêmes, l'emploi des formules. Ce fut, en quelque sorte, cet état de choses que la loi ÆBUTIA, cédant au vœu populaire, vint sanctionner et régulariser législativement. Elle n'inventa pas et n'introduisit pas une pratique nouvelle, mais elle légalisa celle que l'usage avait déjà répandue. Les actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem*, relatives aux obligations, furent radicalement supprimées et remplacées par l'emploi des formules. Quant au *sacramentum*, il fut maintenu avec le collége des centumvirs, devant lequel il était employé en matière de droits réels; car ce collége était une institution trop considérable et trop populaire pour être détruite. Il le fut également dans un de ses cas spéciaux d'application, celui du dommage imminent (*damni infecti*) (1). Encore, même sur ces derniers points, l'usage qui, décidément, tournait en faveur de la procédure formulaire, finit-il par échapper à l'emploi des actions de la loi.

---

(1) Gai. Comm. 4. § 31.

En effet, pour le dommage imminent (*damnum infectum*), le préteur imagina les moyens de garantie que nous avons exposés (ci-dessus, n° 1319); et personne, selon ce que nous dit Gaius en parlant de son époque, ne voulut plus agir, pour cet objet, par action de la loi.

1924. Enfin, quant aux réclamations de propriété et d'autres droits réels, elles finirent elles-mêmes par être ramenées à la procédure formulaire, et voici par quel acheminement. — Le système formulaire n'ayant été approprié dans son origine qu'à la poursuite des obligations, et la *condemnatio* qu'il contient, par sa nature même, étant étrangère aux droits réels, ces sortes de droits ne purent y être amenés qu'à l'aide d'un détour : d'autant plus que, pour eux, la procédure légale était celle du *sacramentum,* et le juge compétent, le collége des centumvirs. Pour y parvenir, on transforma en quelque sorte, au moins fictivement, la question du droit réel en une question d'obligation : et cela par une imitation éloignée du *sacramentum*. On recourut aux *sponsiones*. Mais ici, au lieu d'une promesse réciproque des deux parts, le demandeur seul provoqua son adversaire par une *sponsio* ainsi conçue : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » Sur cette *sponsio,* la réponse affirmative ayant été faite, le demandeur soutenait que, l'esclave en question lui appartenant *ex jure Quiritium,* son adversaire était obligé de lui donner les XXV sesterces engagés sous cette condition. C'était alors une obligation conditionnelle de *dare oportere :* on y appliquait, en conséquence, la formule convenable à ces sortes d'obligations; et le juge, pour décider si la somme promise était due ou non, était obligé de juger la question de propriété. Du reste cette promesse d'argent n'était pas sérieuse; le demandeur qui triomphait n'exigeait point la somme promise. Aussi Gaius dit-il que cette *sponsio* n'était pas pénale, mais seulement préjudicielle. Il suit aussi de là que la somme était indifférente, abandonnée au gré des parties, et que les XXV sesterces contenus dans la formule que donne Gaius ne sont qu'un exemple. Mais le demandeur profitait de la décision pour en tirer argument quant à son droit de propriété et pour obtenir ainsi la chose réclamée par lui. En effet, outre la *sponsio* dont il s'agit et avant même cette *sponsio,* le possesseur avait dû promettre et garantir par des répondants (*cum satis-datione*) que s'il succombait il restituerait la chose et les fruits. Cette stipulation se nommait *pro præde litis et vindiciarum*. Et c'était ainsi qu'on parvenait au résultat désiré, en imitant en grande partie et le *sacramentum* et les *prædes litis et vindiciarum* de la vieille action de la loi (1). — Il importe de remarquer que, dans cette

---

(1) Voir, sur toute cette matière, GAI. Comm. 4. §§ 91 à 96. — Le caractère de la *sponsio* est bien déterminé dans le § 94 : « Non tamen hæc summa spon-

transformation de la procédure, il n'y a plus, comme dans les actions de la loi, égalité de position entre les deux parties; il n'y a plus un *vendiquant* et un *contre-vendiquant;* il n'y a plus une attribution intérimaire des *vindiciæ* laissée au gré du préteur; mais, dès l'origine, il y a nécessairement un demandeur et un défendeur possesseur; c'est le demandeur seul qui vendique et qui est obligé de prouver sa propriété : quant au possesseur, après avoir répondu sur la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* et sur la *sponsio,* il n'a aucune preuve à faire, il n'a qu'à se tenir sur la défensive. — Après avoir, par ces détours, plié les actions réelles à l'emploi des formules, et s'être habitué à les enlever ainsi à l'action de la loi *per sacramentum* et au collège des centumvirs, on finit par n'y plus mettre tant de façons, et par construire tout simplement une formule pour soutenir directement que telle chose était à soi : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » La condamnation n'était encore ici que pécuniaire; mais on trouva, comme nous le verrons, un remède à cet inconvénient. Cette formule se nomma *formula petitoria.* Dès lors, comme dit Gaius, deux voies furent ouvertes pour réclamer un droit réel par le système formulaire : on put agir, ou *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam* (1); l'une avait conduit à l'autre. — Ces deux formes de vendications formulaires s'appliquèrent successivement et à la propriété des choses corporelles, et aux servitudes, et enfin même à la pétition d'hérédité. Cicéron les connaissait déjà l'une et l'autre (2). Mais comme à l'occasion de l'hérédité il ne mentionne que l'alternative ou de l'action de la loi *per sacramentum,* ou de la *sponsio* (3), il est permis de conjecturer que la *formula petitoria* n'avait pas encore été appliquée, à cette époque, à la pétition d'hérédité. Elle l'était indubitablement au temps de Gaius (4).

1925. Voilà donc la procédure formulaire arrivée à son complément d'extension : des obligations de toute nature, elle a passé aux droits réels, qu'elle embrasse tous. Les centumvirs, le *sacramentum* restent comme institutions légales, pour les questions d'état, de propriété quiritaire et d'hérédité; mais les citoyens, dans la pratique, sont libres de recourir à l'emploi des formules, même pour ces objets; et ils y recourent le plus souvent;

---

sionis exigitur. Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis; et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. » — Le passage suivant de Cicéron nous prouve à la fois que la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* avait lieu avant la *sponsio,* et qu'elle se faisait avec *satisdatio.* CICÉR. *In Verr.* I, 45 : « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro præde litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret. Ita de hereditate certaret. »

(1) GAI. Comm. 4. § 91 : « ... In rem actio duplex... aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem. » — (2) CICÉRON, *In Verr.* II, 12, rapporte précisément un exemple de *formula petitoria.* — (3) Voir la note 1 de la page précédente. — (4) DIG. 5. 3. *De hereditat. petit.* 3 et 10. f. GAI.

dès lors commence, sinon en droit, du moins en fait, cette décadence du collége des centumvirs, que l'on remarque dans l'histoire. — Prenez pour type ce que nous venons d'observer quant aux droits réels; vous avez une vive lumière répandue sur la manière dont on s'y est pris, et sur la marche graduelle qu'on a suivie pour l'introduction des formules dans l'usage des citoyens, et pour leur extension.

1926. Maintenant, si nous recherchons le sens technique du mot *actio*, et les dénominations plus spéciales qui s'y réfèrent dans la procédure par formules, nous pourrons en trouver des explications satisfaisantes. — Nous comprenons pourquoi *actio*, dans ce système, désigne plus spécialement le droit conféré, dans chaque cause, par le magistrat de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû : « Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi (1); » et, par figure de langage, la *formula* qui résume et exprime ce droit; ou le *judicium*, l'instance qui est organisée par la formule : de telle sorte que ces trois mots *actio, formula, judicium*, y sont pris souvent comme synonymes (tom. I, *Génér.*, n[os] 274 et 297). — Plus particulièrement *actio* ne s'applique qu'aux poursuites d'obligations, ou en d'autres termes aux actions personnelles, le mot propre pour les réclamations de propriété étant celui de *petitio* (2) : et cela par une raison historique évidente, c'est que les formules n'ont été employées dans leur principe qu'en matière d'obligations, la pétition ayant lieu devant le collége des centumvirs. Aussi la définition du mot *actio* par les jurisconsultes romains, telle que nous venons de la citer, ne se réfère-t-elle qu'aux obligations et ne parle-t-elle que de dette (*quod sibi debeatur*). — Enfin, par un vestige de la langue des anciennes actions de la loi, le mot *vindicatio* est toujours resté aux actions réelles, même intentées par la voie formulaire, quoiqu'il n'y ait plus de *vindicta* ni de cérémonie qui s'y rapporte; et celui de *condictio* à une certaine classe nombreuse d'actions personnelles, quoique le demandeur ne vienne plus faire de dénonciation (*condicere*) à son adversaire (3). — Quant au recours devant le magistrat, pour qu'il connaisse de l'affaire et la résolve lui-même extraordinairement, c'est-à-dire sans instance devant un juge, il se nomme *persecutio*. Et cette distinction trilogique : *actio, petitio, persecutio*, a passé presque sacramentellement dans le formulaire de la pratique romaine (4).

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 51. f. Cels. — (2) *Ibid.* 28. f. Papin. « *Actio* in personam infertur; *petitio*, in rem; *persecutio*, in rem vel in personam. » — (3) Gai. Comm. 4. § 5 : « Appellamus autem in rem quidem actiones *vindicationes*, in personam vero actiones quibus dare facere oportere intenditur *condictiones*. Condicere est enim denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus condictionem, actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. » — (4) Voici un fragment d'Ulpien où tout ceci se trouve en quelque sorte résumé « *Actionis* verbum

*Organisation de la puissance juridique et de la puissance judiciaire, sous le régime de la procédure formulaire.*

1927. La révolution opérée dans la procédure par l'adoption graduelle du système formulaire n'a pas apporté de modification considérable dans l'organisation des autorités juridiques ou judiciaires. Les changements survenus en cette matière, pendant la durée du système formulaire, tiennent non pas à ce système en lui-même, mais aux événements politiques qui se sont développés. Ainsi ceux qui concernent les juridictions ont été amenés principalement par l'accroissement de la population, par l'augmentation du nombre des provinces et le développement de leur organisation, par l'institution du pouvoir impérial, par la création de nouvelles magistratures de son invention. — Tandis que ceux qui concernent les juges, c'est-à-dire l'institution des listes qui en sont dressées et publiées annuellement, et la division de ces listes en diverses décuries (tom. I, *Hist.*, nos 279 et suiv.), tiennent au résultat de la lutte entre les divers ordres de citoyens, et au nivellement opéré progressivement entre ces ordres.

1928. Cependant il est deux changements que l'on peut attribuer, en grande partie, avec juste raison à l'adoption et à l'extension du système formulaire. — 1° La décadence graduelle de l'institution du collége des centumvirs, pour qui s'était conservée légalement la procédure du *sacramentum*, mais que la pratique abandonnait à mesure que la procédure formulaire se généralisait toujours davantage. Les contestations sur la validité, sur la rupture des testaments, et sur la querelle d'inofficiosité, paraissent être les dernières causes qui leur soient restées. — 2° L'application aux citoyens, dans certaines causes, du jugement par récupérateurs, institution conçue originairement pour les pérégrins (tom. I, *Hist.*, nos 164 et 165). En sens inverse, sous cette période, l'*unus judex* ou *arbiter*, jadis exclusivement propre aux citoyens, purent être donnés aussi pour les procès entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins (1). Ce fut, en quelque sorte, une communication réciproque, la suite de cette tendance constante à niveler.

---

et speciale est et generale : nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit, petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere : *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. » (Dig. 50. 16. *De verb. sign.* 178. § 2. f. Ulp.). — Voir aussi, *ibid.* 49. f. Ulp. : « Æque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in *actionibus, petitionibus, persecutionibus.* » — Et le fragment de Papinien, cité note 2 de la page précédente. — Et la formule de la stipulation Aquilienne. « Quarumque rerum mihi tecum *actio*, quæque adversus te *petitio*, vel adversus te *persecutio* est eritve » (ci-dessus, nos 1689 et 1690). — Et celle de la caution que doit donner le procureur : « non petiturum eum cujus, de ea re *actio, petitio, persecutio* sit. » (Dig. 46. 8. *Rat. rem hab.* 23. f. Julian.).

(1) Gai. Comm. 4. §§ 37 et 105. — Cicér. *In Verr.* II. 13. *Pro Flacco.* 21.

les deux situations (1). Dans les provinces, les juges, quoique inscrits sur des listes de décuries que les gouverneurs dressaient par imitation de ce qui se pratiquait à Rome, se nommaient tous récupérateurs : il ne faut pas les confondre avec les récupérateurs à Rome.

Nous n'ajouterons rien de plus sur ce sujet au tableau résumé que nous en avons présenté dans notre *Généralisation du droit romain* (tom. I, nos 266 et suiv.).

*Parties principales des formules* (partes formularum).

1929. Nous avons vu naître, par suite de l'application des formules aux procès des citoyens, les quatre parties qu'on a distinguées dans ces formules :

1° La *demonstratio*, qui désigne au juge la chose dont il s'agit et par conséquent les faits dont il lui est donné mission de connaître (*quæ præcipue ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur*); par exemple : « QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT » ; ou bien : « QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT (2). »

2° L'*intentio*, dans laquelle le demandeur résume sa prétention (*qua actor desiderium suum concludit*), et qui, en conséquence, pose la question de droit du procès (*Juris contentio*, selon l'expression de Gaius) (3); par exemple, comme question d'obligation : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE »; ou bien : « QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE »; ou comme question de propriété : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE (4). »

3° L'*adjudicatio*, qui donne au juge le pouvoir d'attribuer à

(1) Nous n'avons pas assez de données pour poser un ensemble de règles fixes sur la compétence des récupérateurs et sur les cas dans lesquels ils devaient être nommés. Il est même douteux qu'il y en ait eu de bien arrêtées. Nous connaissons un certain nombre de causes spéciales renvoyées devant eux : par exemple, celle du patron se plaignant d'avoir été appelé *in jus* par son affranchi sans autorisation préalable du préteur (GAI. 4. § 46); les interdits assez généralement (*ibid.* § 141); les manquements au *vadimonium* (*ibid.* § 185); et plusieurs autres qu'on pourrait multiplier. Mais fort souvent ceci n'a rien d'absolu, et nous voyons qu'il peut être donné, pour des causes de même nature, un juge ou des récupérateurs. Il était des lois qui permettaient indifféremment la dation de l'un ou des autres (LEX THORIA, frag., sect. I. v. 29, et sect. II. v. 22 et 26). Quelquefois, au contraire, le préteur annonçait dans son édit qu'il donnerait, dans telle cause, des récupérateurs, ainsi que l'indique cette formule dans les *Notæ* de VALERIUS PROBUS : Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. D. D. D. P. F. « *Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam.* » Enfin le magistrat paraît, en somme, et sauf les cas spécialement déterminés, avoir eu une certaine latitude pour se déterminer à donner, suivant les circonstances, un juge ou des récupérateurs. La considération principale pour l'emploi de ces derniers paraît avoir été la célérité.

(2) GAI. Comm. 4. § 40. — (3) *Ibid.* § 60. — (4) *Ibid.* § 41.

l'une des parties un droit de propriété appartenant à l'autre (*qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare*); par exemple : « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX, TITIO, ADJUDICATO (1). »

4° Enfin la *condemnatio*, qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur (*qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur*); par exemple : « JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET ABSOLVE (2). »

1930. Nous savons que ce n'est qu'entre citoyens seulement que les formules peuvent présenter ces quatre parties; qu'à l'égard des pérégrins, pour qui elles ont été conçues dans le principe, il ne pouvait pas y avoir de question de droit posée, ni par conséquent d'indication préalable des faits. Mais la *demonstratio* et l'*intentio* étaient confondues l'une dans l'autre : ou pour mieux dire, elles n'avaient pas encore été alors discernées et dénommées chacune séparément. Aussi peut-on remarquer que la définition et les exemples qu'en donne Gaius ne se réfèrent véritablement qu'à des procès entre citoyens, avec question de droit.

1931. Mais entre les citoyens eux-mêmes, ces quatre parties se trouvent rarement réunies dans une seule et même formule.

L'*adjudicatio* ne se rencontre que dans trois actions particulières, les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*. — Pour les autres actions de droit civil en général, il reste régulièrement trois parties : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*.

1932. Mais la *demonstratio*, à son tour, peut manquer dans une formule même de droit civil : car il peut arriver qu'il n'y ait aucune indication de faits particuliers à faire pour motiver la question de droit et montrer au juge sa mission : tel est le cas des réclamations de propriété : le demandeur, en effet, y soutient d'une manière générale que la chose est à lui *ex jure Quiritium*, et il le prouvera par tous les moyens possibles, sans limiter sa prétention à telle ou telle cause particulière de propriété (3). — Il n'y a donc plus alors que deux parties dans la formule : l'*intentio* et la *condemnatio*. — En outre, il est des cas où la question est posée, quoiqu'il s'agisse de citoyens, comme elle l'était jadis pour les pérégrins, c'est-à-dire comme question de fait et non de

---

(1) GAI. Comm. 4. § 42. — (2) *Ibid.* § 43. — (3) Mais cette manière de procéder était imprudente; parce qu'elle ne permettait plus de vendiquer le même objet *ex alia causa*. — DIG. 44. 2. *De except. rei jud.* 14. § 2. f. Paul : « Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico : omnes causæ una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. » Conférez *ibid.* 11. §§ 1 et 5. f. Ulp.; 30. pr. f. Paul.

droit, de telle sorte que la *demonstratio* et l'*intentio* s'y trouvent confondues ensemble; ou, pour mieux dire, n'y existent pas encore déterminément.

1933. Enfin, il peut se faire en certaines causes spéciales qu'il n'y ait même pas de *condemnatio*. Ces causes sont celles dans lesquelles il s'agit uniquement d'obtenir, par décision judiciaire, la constatation d'un état ou d'un fait, par exemple, la paternité, la qualité de patron, la quotité de la dot, et plusieurs autres semblables, dont on ne prétend déduire immédiatement aucune condamnation, mais dont on tirera plus tard avantage, soit pour un autre procès, soit de toute autre manière. La formule dans ces cas ne contient absolument que l'*intentio*. Elle porte le nom de formule préjudicielle (*præjudicialis formula*), ou simplement *præjudicium* (1). Par quelques fragments de Gaius et de Paul, il est permis de conjecturer, avec MM. Heffter et Zimmern, qu'elle était ainsi conçue : *Judex esto*, PRÆJUDICIO QUÆRITO, AN..... etc., ou simplement : JUDEX ESTO..... AN (2). Nous aurons occasion d'y revenir.

1934. De toutes ces parties, l'*intentio* est la plus importante. C'est la partie vitale; il ne peut exister de formule de droit civil sans elle; c'est d'elle que les actions tirent la plupart de leurs principaux caractères et de leurs divisions, et c'est en elle que les erreurs ou les exagérations du demandeur peuvent avoir pour lui les conséquences les plus préjudiciables (3).

1935. La *condemnatio*, qui, dans son origine première, a toujours été pécuniaire, parce qu'elle émanait, non pas d'un droit de propriété, ni même d'un droit d'obligation reconnu par la loi civile, mais seulement de la puissance du préteur, la *condemnatio* a continué à conserver ce caractère, même quand les formules ont été appliquées aux citoyens, et cela non-seulement en matière d'obligation, mais encore en matière de propriété et de tous droits réels. Le juge, lorsqu'il condamne, ne condamne jamais qu'en une somme d'argent précise.

1936. Quant au montant de cette somme, la formule laissait au juge, selon la nature de l'action, plus ou moins de latitude pour le fixer. — Quelquefois, ce qui arrive dans les actions où la demande (l'*intentio*) est d'une somme certaine (*qua certam pecuniam petimus*), cette somme est formellement précisée dans la *condemnatio* : « JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO

---

(1) Déjà Théophile, dans sa paraphrase, nous donnait cette définition de l'action préjudicielle, au point de vue du système formulaire : « *Præjudicium vero est formula ex sola intentione constans. Neque enim condemnationem in se habet.* » (THEOPH. Institut. 4. 6. § 13). Mais cette définition restait fort peu intelligible aux commentateurs et faisait l'objet de leurs critiques, jusqu'à ce que la découverte du manuscrit de Gaius soit venue nous l'expliquer (GAI. Comm. 4. § 44). — (2) GAI. Comm. 3. § 123. — PAUL. Sent. 5. 9. *De stip.* § 1. — (3) Voir notamment ce qui concerne la plus-pétition. GAI. 4. §§ 53 et suiv.

SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE. » Et le juge ne peut condamner ni à plus, ni à moins, sans faire le procès sien. — D'autres fois, par exemple dans les actions où la demande est d'une chose indéterminée (*veluti si incertum aliquid petamus*), la *condemnatio* fixe au juge une limite (*aliqua præfinitio*), un taux (*taxatio*), un *maximum* qu'il ne pourrait dépasser sans faire le procès sien, quoiqu'il soit libre de se tenir au-dessous : « EJUS JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE. » — Dans quelques cas particuliers cette limite, cette *taxatio* est plus vague; elle n'est pas rigoureusement arrêtée, comme celle qui précède, à une somme fixe; mais seulement à quelque circonstance elle-même indéterminée et que le juge devra apprécier; telles sont, par exemple, les actions dans lesquelles le demandeur ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit et du montant du pécule (DUNTAXAT *de eo quod in rem versum est et de peculio*), ou de ce que ses facultés lui permettront de faire (DUNTAXAT *in id quod facere potest*) (1) : Gaius n'a pas parlé de cette sorte de *taxatio*, et nous n'en avons pas la formule technique. — Enfin dans un grand nombre d'actions, par exemple dans les réclamations de propriété, ou dans l'action *ad exhibendum* (*si in rem agamus vel ad exhibendum*), le juge a toute latitude dans son appréciation, sans qu'aucune limite lui soit imposée : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVITO »; ou bien, « QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA »; ceci est l'*intentio*; et, d'après elle, suit la *condemnatio* indéfinie : « EJUS JUDEX, N. N. A. A. CONDEMNATO, etc. »; ou bien encore : « QUIDQUID PARET..., etc. (2). » — On voit, dans l'ordre où nous avons placé ces exemples, que le pouvoir du juge y va successivement en croissant : d'abord une somme précise (*certa pecunia*), ensuite un *maximum*, une limite en argent (*taxatio certæ pecuniæ*), puis une limite prise dans une circonstance indéterminée (qu'on peut appeler *taxatio incerta*), et enfin latitude pleine et entière (*infinita condemnatio*). On dit de la *condemnatio* qu'elle est, dans le premier cas, *certæ*, et dans tous les autres, *incertæ pecuniæ*; et dans ceux-ci, *cum taxatione* ou *sine taxatione* (3).

1937. Le principe que la condamnation est toujours pécuniaire, avantageux en ce qu'il réduit toute affaire à sa dernière et plus simple expression : savoir, l'absolution du défendeur, ou la nécessité pour lui la plus propice à l'exécution forcée, celle de payer

(1) Voir ci-dessous, § 36. 37. 38. 40; et tit. 7. § 4. — DIG. 15. 1. *De pecul.* 2. f. Pomp. 5. pr. et § 1. 30. § 1. 36 et 44. f. Ulp. — 5. 1. *De judic.* 57. f. Ulp. — 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 6. § 12. f. Ulp., etc. — 4. 3. *De dolo.* 17. § 1. f. Ulp. — 5. 3. *De hered. petit.* 20. § 6. f. Ulp., etc. — (2) GAI. Comm. 4. §§ 47. 131. 136. — (3) Voir sur tout cela Gaius, 4. §§ 48 et suiv.

une somme d'argent liquide, ce principe ne laisse pas que d'avoir un grave inconvénient : c'est que le demandeur, au lieu de la chose même qu'il demande, ne doit obtenir par la sentence qu'une somme d'argent. C'est surtout dans les réclamations de propriété et de droits réels que cet inconvénient se fait sentir. L'*intentio* de la formule étant : « S'il est prouvé que tel esclave appartienne à Aulus Agérius selon le droit quiritaire, » on sent combien s'éloigne du but cette conclusion : « Juge, condamne Numérius Négidius envers Aulus Agérius à toute somme d'argent que comporte l'affaire : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA. » Aussi, dans ces cas d'actions réelles, et même quelquefois en matière d'obligations, la formule de la *condemnatio* recevait une modification importante par la simple adjonction de ces mots : NISI RESTITUAT (1) ; ou, par exemple, s'il s'agit d'un champ, comme dans la formule que nous a transmise Cicéron : « NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUATUR (2) » ; ou peut-être encore dans certains cas d'obligations où il ne s'agit pas de restituer : « *Neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit.* » Par l'adjonction de ces seuls mots, le pouvoir de condamner conféré au juge est spécialement subordonné à cette circonstance que le défendeur n'aura pas restitué, ou n'aura pas satisfait le demandeur. D'où, pour le juge, cette mission particulière de décider, avant de condamner ou d'absoudre, si le défendeur est obligé ou non de restituer, de donner satisfaction; et, en cas d'affirmative, d'ordonner cette restitution, cette satisfaction, soit immédiate, soit dans un certain délai. Cet ordre préalable se nomme *jussus*, et ce pouvoir *arbitrium* (3). Si le défendeur s'y soumet et l'exécute, de gré ou par contrainte (*manu militari*), le demandeur obtient ainsi directement la chose même par lui demandée, et le défendeur est absous. Si la restitution, au contraire, n'a pas lieu, alors la condamnation pécuniaire est prononcée contre le défendeur, souvent même avec plus de rigueur, parce qu'elle l'est, en partie, à titre de peine pour n'avoir pas restitué. On voit au fond qu'il y a là un moyen ingénieux de remédier à l'inconvénient des condamnations pécuniaires, puisqu'on ne recourt à elles que lorsque la restitution ou la satisfaction en nature n'a pu avoir lieu. On voit également que l'adjonction de ces mots NISI RESTITUAT confère au juge un nouveau pouvoir tout particulier, celui de donner son *jussus*. Cependant les jurisconsultes romains ne l'ont pas considérée comme une partie spéciale de la formule; elle est mise à la suite de l'*intentio*, ou plus souvent encore comprise dans la *condemnatio*.

(1) GAI. Comm. 4. § 47, et ci-dessus, n° 1919. — (2) CICÉRON. *In Verr.* II. 12. — (3) Ci-dessous, § 31. — GAI. Comm. 4. § 163. — DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 68. f. Ulp. — Il est peu probable qu'il faille borner, comme on l'a soutenu, l'application de ce dernier texte au cas où le défendeur se serait dit dans l'impossibilité de restituer (*contendens se non posse restituere*).

1938. Il n'y a jamais de condamnation possible que contre le défendeur; c'est contre lui seulement qu'elle est formulée et qu'elle peut être prononcée (1). Le juge, s'il ne condamne pas, doit absoudre. Sauf quelques cas exceptionnels, tels que ceux des actions préjudicielles, ce n'est que par l'un ou par l'autre de ces actes que sa mission est accomplie.

*Parties accessoires* (adjectiones) : *Prescriptions* (præscriptiones, præjudicia). — *Exceptions, répliques, dupliques, tripliques, etc.* (exceptio, replicatio, duplicatio, triplicatio, etc.).

1939. Les quatre parties que nous venons de faire connaître sont les parties principales des formules; mais la pratique progressive du système, la variété des affaires, surtout les efforts continuels de la juridiction prétorienne pour pallier les rigueurs du droit civil, ont fait naître la nécessité de certaines clauses accessoires qu'il est utile dans certains cas d'y ajouter, et qui se nomment, à cause de cela, *adjectiones* (2).

De pareilles adjonctions peuvent se présenter soit en tête de la formule, soit dans la *demonstratio*, soit dans l'*intentio*, soit enfin dans la *condemnatio*.

1940. Il est quelquefois de l'intérêt du demandeur (*actor*) de faire insérer dans la formule, avant même l'exposé de son *intentio*, certaines restrictions, pour qu'on n'attribue pas à sa demande plus d'étendue qu'il ne veut, ou certaines explications qui serviront à la déterminer. De son côté, le défendeur (*reus*) peut avoir à faire insérer contre l'action même du demandeur certaines réserves préalables.

Par exemple, si le demandeur, en vertu d'une stipulation dans laquelle il lui a été promis une certaine somme par chaque année, ou par chaque mois, voulant se faire payer les termes échus, agissait par cette formule générale et sans limite (*formula incerta*), dont l'*intentio* est ainsi conçue : « QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, » qu'arriverait-il? Selon les principes du droit civil, comme l'obligation produite par une telle stipulation, quoique ayant pour objet des prestations successives, forme un droit unique, le demandeur se trouverait avoir déduit *in judicium* son droit tout entier; la *condemnatio* ne lui accorderait toutefois que les termes exigibles, et pour tout le reste il serait déchu comme ayant agi avant le temps. Il lui importe donc de faire exprimer lui-même qu'il restreint sa demande seulement à tout ce qui est échu de l'obligation. — De même, si,

(1) Dans quelques actions spéciales, les actions divisoires, il peut y avoir condamnation contre l'une ou l'autre des parties, parce que chacune d'elles y est à la fois demandeur et défendeur (DIG. 44. 7. *De obl. et act.* 37. § 1. f. Ulp. — 10. 1. *Fin. reg.* 10. f. Julian). — (2) GAI. Comm. 4. § 129. : « Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit. » — *Ibid.* § 130 : « Quæ receptæ sunt. »

voulant agir par suite d'un achat, seulement pour se faire faire la mancipation du fonds acheté, qui lui aurait été spécialement promise, il employait sans restriction cette formule générale (*incerta*) : « QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, » il épuiserait toute son action, et il ne lui serait plus possible d'agir plus tard pour un autre objet, par exemple, pour se faire faire la tradition (*de vacua possessione tradenda*). Il est donc encore de son intérêt de faire expliquer lui-même dans la formule qu'il restreint sa demande à la mancipation seulement du fonds acheté. — Ces restrictions s'expriment par une petite clause écrite en tête de la formule, et dont la rédaction la plus usitée se faisait en ces termes : « EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT » (*que cette action ait lieu pour ce dont le terme est échu*) ; « EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO » (*que cette action ait lieu pour la mancipation du fonds*). Quelquefois c'était dans la démonstration, mêlée avec elle et en quelque sorte à sa place (*loco demonstrationis*), que la clause restrictive était ajoutée, avec ou sans les mots préliminaires, EA RES AGATUR; par exemple : « JUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, etc. ; » ou bien encore : « JUDEX ESTO. EA RES AGATUR, QUOD AULUS AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUO NOMINE NUMERIUS NEGIDIUS SPONSOR EST, CUJUS REI DIES FUIT..., etc. » — Ces sortes d'*adjectiones* se nomment des prescriptions (*præscriptiones*), à cause précisément de la place qu'elles occupent dans la formule : « Præscriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est (1). » Celles que nous venons de voir ont été admises dans l'intérêt du demandeur (*receptæ sunt pro actore ; ab actore proficiscuntur*); et les deux cas que nous en avons cités, d'après Gaius, ne doivent être pris que comme deux exemples propres à nous donner une idée de leur utilité et de leur emploi, qui paraissent avoir eu, d'ailleurs, une application plus étendue.

1941. L'usage qui a introduit ces prescriptions dans l'intérêt du demandeur en a introduit aussi un certain nombre dans l'intérêt et à la demande du défendeur (*quædam et pro reo opponebantur*). Nous en citerons trois espèces particulières et fort remarquables.

Il est possible que deux contestations, se rattachant à des faits communs, soient liées entre elles de telle sorte que la solution de l'une doive influer, soit directement, soit indirectement, sur celle de l'autre ; en un mot, que l'une des décisions doive établir pour l'autre un préjugé, doive lui apporter un préjudice quelconque

(1) Voir sur tout ce point GAI. Comm. 4. §§ 130 à 138. — Les §§ 134 et 135 sont relatifs à un autre exemple de ces prescriptions, la *præscriptio de pacto*.

(*aliquod præjudicium*). En cas pareil, si l'une de ces questions est principale et que l'autre n'en soit qu'un accessoire, qu'une conséquence, la raison veut que cette dernière ne soit pas examinée la première et ne vienne pas faire préjugé contre l'autre. Si le caractère de dépendance de l'une à l'autre n'est pas aussi marqué, d'autres considérations peuvent déterminer le choix : celle, par exemple, qui offre l'intérêt le plus grand, celle qui rentre dans les attributions de la juridiction ou de l'autorité judiciaire la plus haute, doit passer avant. Enfin, en cas d'égalité, d'identité entre elles, le mieux est de les juger ensemble (1). Si donc une de ces causes, subordonnée ou inférieure, ou tout au plus égale à une autre contre laquelle elle peut faire préjugé, est introduite par le demandeur, le défendeur a intérêt à la faire écarter par ce seul motif, et il y parvient en faisant insérer en tête de la formule une *præscriptio* ainsi conçue : « EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM..... NON FIAT » (*que cette action ait lieu, si par elle il n'est pas porté préjudice à telle autre cause*). Par exemple, si le demandeur réclamant comme héritier un objet particulier de la succession, ou agissant en partage de l'hérédité (*familiæ erciscundæ*), le défendeur lui dénie la qualité d'héritier, il y a là une question principale : est-il héritier ou non? Les deux autres questions : peut-il réclamer la chose héréditaire? peut-il agir en partage? n'en sont que des accessoires, des corollaires. En conséquence, s'il intente d'abord celle-ci, le défendeur fera mettre dans la formule cette prescription : « EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT (2). » Cette prescription relative à la question d'hérédité, désignée par les jurisconsultes romains sous le nom de *præscriptio quod præjudicium hereditati non fiat* (3), est une de celles qui recevaient le plus grand nombre d'applications, et qui se présentaient le plus souvent dans la pratique (4). Nous trouvons divers autres exemples de prescriptions semblables : celles pour les questions d'état (5), celle *quod præjudicium prædio non fiat*, celle *quod præjudicium fundo partive ejus non fiat* (6); et elles devaient se multiplier à l'infini. — Les prescriptions de ce genre portaient aussi le nom générique

(1) Nous avons un exemple de ce dernier cas. DIG. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. § 8. f. Ulp. — (2) GAI. Comm. 4. § 133. — (3) DIG. 5. 3. *De hered. pet.* 25. § 17. f. Ulp. — 44. 1. *De except.* 13. f. Julian. — (4) DIG. 4. 8. *De recept.* 32. § 10. f. Paul. — 5. 3. *De hered. pet.* 5. § 2. f. Ulp. : « Eorum judiciorum quæ de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium ejus fieri debeat; » 7. pr. et § 1. f. Ulp. « *Ne præjudicium de testamento cogniturо faciat;* » 25. § 17. f. Ulp. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. § 1. f. GAI., etc. — (5) DIG. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. § 8. f. Ulp. « *Ne aliquod præjudicium fiat impuberi per puberis personam.* » — 40. 14. *Si ingenuus esse dicet.* 6. f. Ulp. — Cod. 3. 8. *De ord. jud.* 2. const. Anton. — Voir aussi la prescription. *Si præjudicium non fiat ei qui ante quinquennium decessit.* DIG. 40. 15. *Ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur.* — (6) DIG. 44. 1. *De except.* 16. et 18. f. Afric. — On trouve dans CICÉRON l'indication d'une pareille prescription. *De invent.* II. 20.

de *præjudicia ;* — il faut bien se garder de les confondre, sous cette dénomination, avec les *præjudicia* ou actions préjudicielles dont nous avons déjà parlé (ci-dessus, n° 1933). Ce sont deux acceptions différentes du même mot, quoiqu'il y ait entre elles quelque analogie, et souvent une relation intime (1).

1942. Les prescriptions de la part du défendeur pouvaient avoir un autre fondement. Si, par exemple, le défendeur prétend que le *forum* ou, en d'autres termes, que le magistrat devant lequel il est traduit n'est pas compétent, soit à raison du domicile, soit dans le dernier état du droit, à raison de la situation des choses litigieuses, il fait poser encore en tête de la formule une prescription qui est désignée dans les textes par le nom de *præscriptio fori* (2), afin que le juge, avant tout, examine et vérifie les faits qui donneraient lieu à l'incompétence.

1943. Enfin l'espèce suivante de prescription est d'un intérêt tout particulier à noter. En vertu des dispositions soit des édits prétoriens, soit des constitutions impériales, certaines actions ne pouvaient être intentées que dans un délai déterminé : telles étaient la plupart des actions prétoriennes, qui n'étaient ouvertes que pendant un an; telle encore, par exemple, la réclamation d'ingénuité par un affranchi, réclamation qui n'était plus recevable après cinq ans depuis la manumission (3). Si, l'une de ces actions étant intentée, le défendeur prétendait que le délai était expiré, il était de son intérêt, en cas de contestation sur ce fait, de faire insérer en tête de la formule une prescription, qui se nommait *præscriptio temporis, annalis præscriptio;* par exemple : « EA RES AGATUR SI..., etc. » (*que cette action ait lieu si depuis tel fait il ne s'est pas écoulé tant de temps*). — De même, si le possesseur d'un fonds provincial, après dix ans, ou, selon le cas, vingt ans de possession de bonne foi, était attaqué en restitution par le propriétaire, nous savons qu'il pouvait, en vertu des édits, faire insérer contre cette action, en tête de la formule, une prescription nommée *præscriptio longi temporis,* par exemple : « EA RES AGATUR SI..., etc. » (*que cette action ait lieu s'il n'y a pas possession de long temps* (4). — Ces dernières sortes de prescriptions, *pro reo,* ont cela de remarquable que ce sont elles qui, même après que le système formulaire a été complétement oublié, et après que leur caractère a été sensiblement modifié, ont conservé l'antique dénomination de *præscriptiones,* et qui l'ont transmise jusqu'à

---

(1) C'est souvent parce que la prescription *quod præjudicium non fiat* a été opposée qu'il faut recourir à une action préjudicielle, pour faire juger et constater le fait dominant. Voir un exemple. DIG. 40. 14. 6. f. Ulp. — (2) DIG. 2. 8. *Qui satisd. cog.* 7. pr. f. Ulp. — 5. 1. *De judic.* 50 et 52. §§ 22 et 3 f. Ulp., où nous trouvons des exemples de cette prescription. CODE DE THÉODOSE. II. 30. *De appellat.* 65. const. *Honor.* et *Theod.* « Præscriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas. » — Reproduit dans le CODE DE JUSTINIEN. 8. 36. *De except.* 13. — (3) DIG. 40. 14. *Si ingenuus esse dicetur.* 2. § 1. f. Saturn., et 5. f. Papin. — (4) Voir tom. II, nos 514 et suiv.

nos jours, sans que nous nous rendions compte, communément, de son origine historique.

1944. En somme, on voit que les *præscriptiones* sont insérées au profit soit du demandeur, soit du défendeur (*ab actore vel a reo proficiscuntur*), qu'elles ont été reçues par l'usage (*receptæ sunt*), et qu'elles sont ajoutées soit en tête de la formule, soit dans la *demonstratio*, mais toujours avant l'*intentio* : d'où leur vient le nom de *præscriptio*. — Nous allons parler maintenant d'autres *adjectiones* qui sont mises ordinairement dans l'*intentio* et quelquefois dans la *condemnatio*.

1945. Il pouvait arriver que l'action demandée au magistrat par l'*actor* fût légitimement fondée en droit civil, que l'*intentio* en étant justifiée devant le juge, la *condemnatio* dût, selon la rigueur de ce droit, être prononcée contre le défendeur, et que cependant, d'après des circonstances prises en considération par le préteur, par des sénatus-consultes ou par certaines lois spéciales, une telle condamnation fût considérée comme inique, ou du moins comme ne devant pas avoir lieu : « Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari (1). » Le préteur, en cas pareil, ne se met pas en lutte ouverte avec le droit civil, surtout si les circonstances particulières invoquées en faveur du défendeur sont contestées et ont besoin de vérification ; il délivre au demandeur l'action par lui sollicitée ; mais à la suite de l'*intentio* il ajoute une clause accessoire qui subordonne la condamnation au cas où telle circonstance exceptionnelle n'existerait pas. Par exemple, si, le demandeur agissant en vertu d'une stipulation sur laquelle il lui a été promis dix mille sesterces, le défendeur prétend que par un acte postérieur il lui a été fait remise de cette somme, ou bien que la promesse lui en a été surprise par dol : le pacte n'étant pas, selon le droit civil, une des manières de dissoudre des obligations nées de stipulations, le dol n'étant pas, selon le même droit, une cause de nullité de pareilles obligations, l'action existe, et le préteur devra la donner. L'*intentio* sera donc ainsi posée : « Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio x millia dare oportere ; » mais immédiatement après sera ajoutée, comme nouvelle condition : « Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur ; » ou bien pour le cas de dol : « Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. » De telle sorte que le juge ne devra condamner que si 1° l'allégation formulée par le demandeur dans l'*intentio* est justifiée ; et si 2° l'allégation formulée pour le défendeur dans la clause accessoire ne l'est pas. Ainsi, la condamnation, qui était déjà conditionnelle, le devient doublement : l'*intentio* est une condition affirmative, si paret ; et la clause accessoire, une condition négative, si non, si nihil.

(1) Gai. Comm. 4. § 116.

Cette clause se nomme une exception (*exceptio*), parce qu'elle exclut pour tel cas donné ce qui a été posé dans l'*intentio* (1).

Le demandeur pourrait à son tour invoquer quelque considération analogue pour faire exclure l'exception du défendeur. C'est là ce qu'on nomme une réplique (*replicatio*), qui n'est autre chose qu'une exception contre l'exception : « Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones... ut exceptiones excludant (2), » et qui se formule de même : Si non, etc. (3). En suivant la même idée, on trouve la duplique (*duplicatio*), la triplique (*triplicatio*), et ainsi de suite.

1946. Les exemples que nous venons de donner nous ont présenté l'exception insérée à la suite de l'*intentio* : quelquefois, quoique plus rarement, elle l'était dans la *condemnatio* elle-même. Ainsi, par exemple, la taxation indéterminée de la condamnation *in id quod facere potest*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus, n° 1936, et qui se formule en ces termes : « Aulo Agerio Numerium Negidium duntaxat in id quod facere potest condemna, » est qualifiée d'exception dans les textes, et désignée sous le nom de *exceptio quod facere potest* (4). — C'est par allusion à cette double place, parce que l'exception peut être ajoutée soit à l'*intentio*, soit quelquefois à la *condemnatio*, pour exclure ou limiter ce qui a été posé dans l'une ou dans l'autre de ces parties, qu'Ulpien l'a ainsi définie : « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi actionis cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est ; » et Paul : « Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem (5). »

1947. Il n'y a pas le moindre doute que cette clause particulière nisi restituat, qui était insérée dans certaines actions, et dont nous avons déjà parlé ci-dessus, n° 1937, ne fût une sorte d'adjonction (*adjectio*) qui modifiait sensiblement la mission du juge. On peut remarquer qu'elle était formulée dans les mêmes termes qu'une exception, nisi, neque, ce qui équivaut pleinement à si non : et elle se plaçait, comme l'exception, soit à la suite de l'*intentio* : « Si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, etc... (6) ; » soit dans la *condemnatio* : « Judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat : si non paret, absolvito (7). » Cependant nous ne trouvons pas dans les textes qu'on l'ait qualifiée d'*exceptio*, ni qu'on l'ait considérée comme une *adjectio* particulière.

1948. Les effets des diverses adjections mises à la formule ne

(1) Gai. Comm. 4. §§ 115 et suiv. — (2) Dig. 44. 1. *De except.* 2. § 1. f. Ulp. — (3) Voir Gaius. Comm. 4. §§ 126 et suiv. — (4) Dig. 44. 1. *De except.* 7. pr. f. Paul. — 24. 3. *Sol. matr.* 17. § 1. f. Paul. — 42. 1. *De re judic.* 41. pr. f. Paul. — (5) Dig. 44. 1. *De except.* 2. pr. f. Ulp., et 22. f. Paul. — (6) Cicéron. *In Verr.* II. 12. — (7) Gai. Comm. 4. § 47.

sont pas les mêmes. — Les prescriptions de la part du demandeur n'ont d'autre effet que de limiter ou de bien préciser sa demande, et de faire connaître au juge dans quel cercle elle est restreinte. — Les prescriptions de la part du défendeur me paraissent une condition négative mise à l'exercice même de l'action : « EA RES AGATUR SI... NON..., etc. » (*que cette action ait lieu si...*, etc.) (1). En conséquence, le juge doit commencer par les vérifier, et s'il les décide affirmativement, il ne doit pas aller plus avant : il n'a pas à absoudre, encore moins à condamner; l'action est comme non avenue, car elle n'a été délivrée que sous une condition négative qui ne s'est pas vérifiée (2). — Quant aux exceptions, ce sont des conditions négatives mises, non pas à l'exercice de l'action, mais à la condamnation : « SI PARET... première condition, affirmative dans l'*intentio;* SI NON ou SI NIHIL..., seconde condition, négative, dans l'*exceptio,* CONDEMNA. » En conséquence, le juge doit commencer par vérifier l'*intentio;* s'il la trouve fondée, il passe à l'*exceptio;* et s'il résout celle-ci affirmativement, il doit absoudre, car tel est l'ordre que lui donne la formule : SI NON PARET, ABSOLVE. — L'exception *Quod facere potest* ne rendait pas la *condemnatio* conditionnelle, elle n'avait d'autre effet que d'en restreindre le montant : c'était une sorte de *taxatio incerta.*

1949. L'usage des *præscriptiones* de la part du demandeur parait s'être maintenu durant tout le règne du système formulaire;

(1) GAI. Comm. 4. § 133. — (2) Je me range fermement à l'avis de ceux qui pensent que les prescriptions du défendeur devaient, en général, être vérifiées avant l'*intentio,* et qu'en cas de solution affirmative elles n'entraînaient pas absolution, et par conséquent n'épuisaient pas entièrement le procès. Je me fonde principalement sur les termes mêmes de leur rédaction : EA RES AGATUR SI... etc. J'en trouve, en outre, dans les textes, des exemples qui me paraissent évidents : dans les *præjudicia,* DIG. 37. 10. *De Carbon. edict.* 3. § 8. f. Ulp. — 44. 1. *De except.* 16, et notamment 18, f. Afric. — Relativement à la *præscriptio fori,* tout le monde en convient; comment le juge pourrait-il absoudre ou condamner, puisqu'il est reconnu que la juridiction de qui émane la formule etait incompétente? — Quant aux *præscriptiones temporis,* si elles forment un obstacle radical à l'action, c'est que cet obstacle n'est pas de nature à être levé plus tard et qu'en conséquence la *præscriptio* pourrait toujours être reproduite : il en est de même du *prejudicium ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur* (DIG. 40. 15). Je ne pense pas que dans l'origine, et lorsqu'elles étaient encore de véritables *præscriptiones,* ces prescriptions aient dû amener une absolution. Il ne faut pas leur appliquer ce qui est dit d'elles plus tard, à l'époque où elles ont été transformées en exceptions (COD. 7. 33. *De præscr. long. temp.* 9. const. Diocl. et Max.). — M. ZIMMERN cite dans le même sens les passages suivants de QUINTILIEN, *Institut. orat.* VII. 5 : « Cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non necesse est; » d'AURELIUS VICTOR, parlant de la *præscriptio, Ars rhet.* IV. 1 : « Potius enim est si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari; » enfin au Code (8. 14. *De pignor.* 5. const. Anton. Carac.) : « ... Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. » — L'opinion contraire peut cependant être soutenue par diverses raisons. Voir à ce sujet M. BONJEAN, tome I, pages 444 et 445.

mais avant même l'abandon de ce système, les *præscriptiones* de la part du défendeur subirent une métamorphose notable : elles furent toutes transformées en exceptions. C'est-à-dire qu'au lieu de cette adjonction préliminaire en tête de la formule, EA RES AGATUR, SI... NON..., etc., le défendeur obtint, pour le même fait, cette autre adjonction à la suite de l'*intentio* : SI NON, etc. Ce ne fut, pour ainsi dire, qu'un changement de place, sans influence majeure quant aux effets. Ce changement était déjà opéré du temps de Gaius : « *Quæ nunc in speciem exceptionis deducta est* (1). » Aussi, dans le langage des jurisconsultes qui figurent au Digeste de Justinien, les mots *præscriptio, exceptio,* sont-ils pris fréquemment l'un pour l'autre, soit que les prescriptions y soient nommées *exceptions,* soit même, quelquefois, mais plus rarement, que les exceptions y soient qualifiées de *prescriptions*. Les *præjudicia,* qui n'étaient que des espèces de prescriptions, sont devenus, par conséquent, des espèces d'exceptions. — D'où cet intitulé de l'un des titres du Digeste (liv. 44, tit. 1) : *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*.

*Du mode de rédaction de la formule.*

1950. La formule, dont nous venons d'étudier tous les éléments, n'avait pas, comme les actions de la loi, une rigueur sacramentelle dans les termes qui y étaient employés. Le cadre général, tel que nous venons de le faire connaître, une fois tracé, elle se pliait, pour l'expression, à la variété des affaires et des circonstances.

Bien que ce fût le préteur qui y portât la parole et qui, en définitive, en arrêtât la rédaction et la délivrât aux plaideurs, cependant cette construction de la formule avait lieu véritablement sur les indications et les propositions de chacune des parties. — C'était le demandeur qui choisissait l'espèce d'action qu'il prétendait exercer, et qui la faisait connaître, souvent en la désignant simplement sur l'*album,* lorsqu'elle y était spécialement indiquée (2). Puis, pour construire la formule de cette action selon le cas particulier, c'était lui qui présentait : ses *præscriptiones,* s'il voulait en faire poser (3) ; la *demonstratio,* selon les faits qu'il invoquait (4) ; l'*intentio,* selon la prétention qu'il élevait (5), et même la *condemnatio,* et s'il y avait lieu, la *taxatio* qu'il demandait que le magistrat y mît (6). De même c'était le défendeur qui

(1) GAI. Comm. 4. § 133. — (2) DIG. 2. 13. *De edendo*. 1. pr. et § 1 : « Qua quisque actione agere volet, eam edere debet... § 1. Edere est (etiam) copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel in dicendo quo uti velit. » — (3) GAI. Comm. 4. § 131. — (4) *Ibid*. § 59. — (5) *Ibid*. § 41. — (6) GAI. Comm. 4. § 57, et Comm. 3. § 224. — Voir aussi Comm. 4. §§ 35 et 36.

présentait ses prescriptions et ses exceptions, auxquelles le demandeur pouvait répondre par des répliques (1); et ainsi de suite. — Ils présentaient ces diverses parties probablement toutes formulées (2), et c'était pour cette rédaction que les jurisconsultes leur étaient d'un grand secours, sauf au préteur à faire sur ce point aux plaideurs les observations convenables, à insérer de son propre chef certaines prescriptions ou certaines exceptions, et même à refuser, selon les cas, soit l'action, soit les exceptions demandées (*actionem denegare*) (3). Le demandeur pouvait jusqu'à un certain point de la procédure modifier, corriger telle ou telle partie proposée par lui pour la formule, ou même changer d'action; de même pour le défendeur quant à ses exceptions (4). En définitive, après ces débats *in jure, pro tribunali*, le magistrat arrêtait la formule (5), les plaideurs devant courir respectivement les chances des parties qui y avaient été insérées sur leurs propositions (6).

### *Des diverses espèces d'actions.*

1951. Dans la procédure formulaire, et dans le sens technique donné au mot action sous ce système, on peut dire qu'il y a autant d'actions que de droits à poursuivre par cette voie. Considérées sous divers points de vue, par rapport soit aux origines historiques, soit à la conception de la formule, soit à la nature ou à l'étendue des pouvoirs du juge, soit enfin par d'autres considérations, ces actions se divisent en classes diverses. Et, comme il arrive en toute classification, autant de points de vue distincts, autant de divisions différentes. Signalons ici, en peu de mots, celles qui offrent le plus d'importance.

---

(1) GAI. Comm. 4. §§ 133. 119. 126 et suiv. — (2) En y parlant, probablement, à la première personne, comme dans l'exemple que nous donne Gaius. Comm. 4. § 59; le préteur transformait ensuite la formule en son propre nom. — (3) DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* 26. f. Ulp. et 27. f. Pomp. — (4) COD. 2. 1. *De edendo*. 3. const. Sever. et Anton.: « Edita actio speciem futuræ litis demonstrat : quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas. » — (5) ASCONIUS, *In Verr.*, c. 3 : « Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet. » — (6) Voir, à ce sujet, ce qui concerne la plus-pétition. GAI. Comm. 4. §§ 53 et suiv. — Le défendeur qui avait reçu une formule inique, par exemple dans laquelle avait été posée une *condemnatio* exagérée, pouvait être restitué en entier par le préteur, c'est-à-dire rétabli dans le même état que si cette action n'avait pas été délivrée. L'on n'était pas si facile à l'égard du demandeur. *Ibid.* § 57.

*Actions* in rem *ou* in personam. — *Prétendue classe d'actions* personales in rem scriptæ. — *Prétendues actions* mixtæ tam in rem quam in personam. — *Condictions* (condictiones).

1952. La division fondamentale des droits en droits réels et droits personnels, division qui tient à la nature même des choses, qui est de tous les temps et de tous les lieux, ne pouvait manquer d'avoir une influence majeure sur les actions tendant à faire valoir ces droits. Elle en a eu sous le système des actions de la loi (1), elle en a eu dans la procédure formulaire, elle en a eu dans les *cognitiones*, ou procédures extraordinaires sans formule. Partout, sous une dénomination ou sous une autre, on a distingué les actions tendant à la réclamation d'un droit réel de celles qui tendent à l'exécution d'une obligation. Il faut donc reconnaître que cette distinction tient, avant tout, à la nature du droit réclamé, et non au mode de procéder par formules. Gaius, sous le système formulaire, la pose comme constituant la division principale des actions : « Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam (2). » Et Justinien plus tard, quand ce système n'existe plus, la présente encore en première ligne, avec ce caractère fondamental (*summa divisio*) (3). Cependant elle reçoit de la conception de la formule une précision spéciale qu'il importe d'examiner.

1953. Si l'on veut donner la notion de l'action réelle et de l'action personnelle sans se référer particulièrement à tel ou à tel système de procédure, mais en général et pour tous, il faut la chercher dans la notion même du droit. — C'est une définition erronée, comme l'ont fort bien fait remarquer M. Ducaurroy et après lui M. Bonjean, que de dire, en généralisant outre mesure une phrase d'Ulpien, que l'action réelle est celle qui se donne contre tout possesseur (4), qui suit la chose dans quelques mains qu'elle passe. D'abord, ce n'est pas là en faire connaître la nature intime et primitive, c'est vouloir la définir par un fait secondaire et dérivé. En second lieu, ce fait lui-même n'est pas toujours vrai ; ainsi vous avez des actions personnelles, telles que l'action *ad exhibendum*, qui se donnent contre tout possesseur (5) ; et les actions noxales, qui suivent l'esclave dans les mains de tout propriétaire au pouvoir de qui il passe (6). En sens inverse, l'action en revendication se donne quelquefois contre celui qui ne possède plus (7), et il est certaines actions réelles qui, pour être données contre le possesseur,

(1) Ainsi, l'action de la loi *per sacramentum* était différente, selon qu'il s'agissait de la poursuite d'un droit réel ou d'un droit d'obligation. Et les actions *per judicis postulationem* et *per condictionem* n'avaient lieu que pour les obligations. — (2) GAI. Comm. 4. § 1. — (3) Ci-dessous, § 1. — (4) DIG. 44. 7. *De obl. et act.* 25. pr. f. Ulp. : « In rem actio est per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus : et semper adversus eum est qui rem possidet. » — (5) DIG. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 15. f. Ulp. — (6) Ci-dessous, tit. 8. *De noxal. act.* § 5. — (7) DIG. 6. 1. *De rei vind.* 27. pr. et § 3. f. Paul.

exigent en lui d'autres circonstances que celle de la possession (1). Pour procéder logiquement, ce n'est donc pas à ce fait secondaire, mais à la notion même des droits réels et des droits personnels qu'il faut s'attacher.

1954. Le droit réel, en définitive, est celui d'où résulte pour une personne la faculté de disposer ou de tirer plus ou moins largement profit d'une chose, corporelle ou incorporelle, abstraction faite de toute autre personne, chacun étant tenu uniquement de s'abstenir d'y mettre obstacle ; quant au droit personnel, il n'est autre que le droit d'obligation qui établit un lien particulier entre deux personnes ; c'est-à-dire, en définitive, et pour parler sans figure, celui d'où résulte pour une personne la faculté d'en contraindre une autre à donner, à faire ou à procurer quelque chose. Nous savons que, dans le droit réel, il n'y a, à part la masse générale des hommes, qu'une personne, sujet actif, et une chose, objet du droit ; tandis que dans le droit personnel il y a deux personnes, l'une sujet actif, l'autre sujet individuellement passif, et une chose objet du droit (t. I, *Génér.*, n[os] 188 et suiv.). — Il suit de là que l'action réelle, en général, est celle par laquelle le demandeur soutient qu'il a, abstraction faite de toute autre personne, la faculté de disposer d'une chose, corporelle ou incorporelle, ou d'en tirer plus ou moins largement profit. Et cette action s'applique à toutes les variétés de droits réels : à la propriété, le plus étendu de tous ; à ses divers démembrements, ou droits de servitude, d'emphytéose, de superficie ; aux droits de gage, d'hypothèque ; comme aussi à ceux de liberté, d'ingénuité, de paternité, et autres de cette nature, relatifs à l'état des personnes. Il ne faut pas s'imaginer, comme on est trop souvent porté à le faire, que ce soit dans l'exercice de l'action que consiste l'exercice du droit réel lui-même. On exerce un pareil droit en disposant, en jouissant de la chose corporelle ou incorporelle qui en fait l'objet ; et en retirant le profit qui nous appartient. Si nous avons besoin d'intenter l'action, c'est parce que notre droit est méconnu, que quelqu'un y met obstacle, et qu'il faut recourir à la justice pour faire lever cet obstacle. — Quant à l'action personnelle, c'est celle par laquelle le demandeur soutient que le défendeur est obligé envers lui, et poursuit l'exécution de cette obligation.

1955. Si de la notion générale de l'action réelle et de l'action personnelle, nous passons à celle qui est particulièrement propre à la procédure formulaire, il faudra nous reporter à la rédaction même de la formule, non pas dans toutes ses parties, mais spécialement dans son *intentio*. C'est en faisant allusion à la fois et à la nature du droit réclamé et à la conception de l'*intentio* de la formule que Gaius définit ainsi l'action personnelle et l'action réelle (Com. 4, § 2) : « In personam actio est, qua agimus quotiens cum

(1) Telle est l'action Paulienne.

aliquo qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus dare facere præstare oportere. — § 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi-fruendi, eundi, agendi, etc. » — Il y a cela de particulier à noter dès l'abord : que cette définition s'applique exclusivement aux formules rédigées de manière à poser une question de droit (*in jus conceptæ*). Ce n'est en effet que dans ces formules que le demandeur soutient avoir un droit, soit de propriété ou autre droit réel (*cum rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod*), soit d'obligation (*cum intendimus dare facere præstare oportere*). Dans les formules *in factum conceptæ*, il n'est pas question de droit, ni réel, ni d'obligation; le préteur pose un fait en question. Aussi, à la rigueur, sont-elles considérées, dans le système formulaire, comme généralement en dehors des divisions du droit civil, et ne rentrent-elles ni dans les actions *in rem*, ni dans les actions *in personam*, telles que Gaius les a définies.

1956. Nous avons déjà dit (t. I, *Génér.*, n°s 275 et suiv.) comment les éléments constitutifs de tout droit réel étant uniquement: une personne, sujet actif, et une chose, objet du droit, l'*intentio* de la formule, pour poser la question d'un pareil droit, n'a qu'à désigner la personne qui prétend l'avoir, et la chose qui en est l'objet: « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » Tandis que, le droit d'obligation contenant, en outre et nécessairement, un troisième terme, le débiteur, sujet individuellement passif du droit, ce droit ne peut être formulé dans l'*intentio* qu'en y faisant figurer aussi cette seconde personne comme sujet passif : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE PRÆSTARE OPORTERE (1). » Voilà précisément pourquoi les jurisconsultes romains ont dit de la première *intentio* qu'elle est *in rem*, et de la seconde qu'elle est *in personam*; voilà pourquoi, prenant ensuite pour l'*intentio* la formule entière, et pour la formule l'action elle-même, on a appelé *actio in rem* celle qui a pour but la réclamation d'un droit réel, et *actio in personam*, celle qui tend à la poursuite d'une obligation. En effet, l'expression *in rem* désigne communément, dans la langue du droit romain, une disposition générale, sans acception de personne : telle est l'*intentio* formulant un droit réel; et l'expression *in personam* désigne une disposition appliquée spécialement à une personne déterminée : telle est l'*intentio* formulant une obligation. Nous rencontrons ces expressions appliquées à l'édit du préteur (2), aux pactes, aux stipula-

(1) Toutefois, les servitudes ne constituant qu'un droit réel relatif, je suis obligé, dans l'action confessoire, de nommer le défendeur : *jus mihi esse altius tollendi, invito eo cum quo ago*. Dig. 8. 5. 4. § 7. f. Ulp.

(2) DIG. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 1. f. Ulp. : « Prætor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur, nec adjicit a quo gestum. » — 13. 5. *De pecun.*

tions (1) et aux exceptions (2). Lorsqu'on les a employées pour les actions, on n'a donc fait que se servir de locutions usitées et générales. La dénomination d'*actio personalis*, pour *actio in personam*, se trouve aussi dans quelques textes (3).

1957. Toutefois l'action réelle est, aussi bien que l'action personnelle, dirigée contre une personne déterminée : c'est celui qui met obstacle à notre droit que nous attaquons, c'est lui dont nous demandons la condamnation. Si donc l'*intentio* de la formule, qui contient l'énonciation du droit, est rédigée *in rem*, c'est-à-dire d'une manière générale et sans acception de personne, la *condemnatio* l'est toujours *in personam*, contre le défendeur notre adversaire : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. » Mais c'est à l'*intentio*, comme à la partie vitale et essentielle, que l'on s'attache pour qualifier la formule entière et l'action elle-même.

1958. Il suit de ce qui précède que les actions *in rem* et les actions *in personam* tirent de la nature même du droit leur division, et de la rédaction de la formule leur dénomination. Cependant, au fond, c'est la nature du droit qui domine.

1959. En effet, bien que dans la rigoureuse définition du système formulaire, les actions conçues *in factum* ne soient, comme nous l'avons déjà dit n° 1955, ni *in rem*, ni *in personam*, parce que l'*intentio* n'y pose aucune question de droit civil, ni réel, ni d'obligation, cependant, au fond, comme elles sont déduites de pareils droits reconnus au moins par le préteur, les jurisconsultes romains les qualifient d'actions *in rem*, ou d'actions *in personam*, abstraction faite de la conception de la formule, uniquement d'après

---

*const.* 5. § 2. f. Ulp. : « Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, *in rem* exactum est : non utique ut is, cui constituitur, creditor sit. » — 42. 5. *De reb. auct. jud.* 12. pr. f. Paul. : « Commodius dicitur, cum prætor permiserit (in bona debitoris mitti) non tam personæ solius petentis quam creditoribus, et *in rem* permissum videri. »

(1) DIG. 2. 14. *De pactis*. 21. § 1. f. Paul. : « Et si *in rem* paciscatur (*servus*), proderit domino et heredibus ejus pacti conventi exceptio; quod si *in personam* pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio. » — 28. § 2. f. GAI. : « Si vero *in rem* pacti sunt (filius aut servus), id est *ne ea pecunia peteretur...* » etc. — 57. § 1. f. Florent. : « Si ex altera parte *in rem*, ex altera *in personam* pactum conceptum fuerit, veluti *ne ego petam*, vel *ne a te petatur* : heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus. » — 7. 9. *Usufruct. quem*. 5. f. Ulp. : « Huic stipulationi *dolum malum abesse*, abfuturumque esse continetur : et cum *in rem* sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum, et adoptivi patris. » — (2) DIG. 44. 4. *Doli mali except*. 2. §§ 1 et 2. f. Ulp. : « Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur : non in rem, *Si in ea re de dolo malo factum est* : sed sic, *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est...* » etc.—4. § 33. f. Ulp. : « Metus causa exceptio *in rem* scripta est : *si in ea re nihil metus causa factum est* : ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque. » — (3) DIG. 10. 4. *Ad exhib*. 3. § 3. f. Ulp. — Inst. 2. 20. *De legat*. § 2. — Cod. 8. 19. *De his qui in prior*. 2. const. Anton.

la nature du droit qu'elles tendent à faire valoir. C'est ainsi que les actions relatives aux droits réels de gage ou d'hypothèque (*Serviana, quasi-Serviana* ou *hypothecaria*), aux droits réels d'emphytéose ou de superficie, actions introduites, non par le droit civil, mais par le préteur, et conçues seulement *in factum* (1), sont qualifiées d'actions *in rem* (2), tandis qu'en sens inverse une multitude d'actions relatives à des obligations prétoriennes et conçues purement *in factum*, par exemple l'action *de constituta pecunia*, sont qualifiées d'actions *in personam* (3).

1960. L'action *quod metus causa*, que le préteur donne à celui qui a été lésé par suite d'une violence faite à sa volonté, offre, sous ce rapport, quelque chose de plus remarquable encore. C'est une action qui ne dérive pas du droit civil et dont la formule est conçue simplement *in factum*; mais le fait y est exprimé d'une manière générale, sans désignation de la personne auteur de la violence, parce que de quelque part que cette violence soit venue, il suffit qu'elle ait existé pour que l'action *quod metus causa* soit donnée contre quiconque en a profité, même de bonne foi (4). Il en est ainsi, à la différence de l'action *de dolo*, qui ne se donne que contre l'auteur même du dol et contre ses héritiers. En conséquence, tandis que le demandeur est obligé, dans la formule qui pose en question le fait de dol, de faire désigner son adversaire comme l'auteur de ce dol (5), dans l'action *quod metus causa* il doit seulement faire poser en question, sans acception de personne, le fait de savoir s'il y a eu, dans l'affaire, violence contre sa volonté : « Ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse (6). » Aussi les jurisconsultes romains disent-ils que cette action est *in rem scripta*, c'est-à-dire conçue généralement; et cependant elle ne s'en range pas moins, de même que l'action *de dolo*, parmi les actions *in personam* (7), parce que le droit qu'elle tend à faire valoir, quoique dérivé seu-

(1) Cod. 8. 33. *Si pignor. conv.* 1. const. Sever. et Anton. : « Intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. » On peut voir par ce fragment de constitution que l'*intentio* de l'action *in rem* pour gage posait en question non pas un droit, mais le fait qu'un gage avait été donné, et la dette, qu'il servait à garantir, non acquittée. — Comme actions utiles, quelques-unes des actions que nous venons de citer, par exemple celles données à l'emphytéote ou au superficiaire, auraient pu aussi être construites, il est vrai, dans la forme *fictice*. — (2) Ci-dessous, § 7. — Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp. : « Qui *in rem* acturus est, qualicumque *in rem* actione : etiam pigneratitia, Serviana sive hypothecaria quæ creditoribus competunt. » — 10. 3. *Comm. divid.* 7. § 12. f. Ulp. : « Pigneratitia *in rem*, » etc. — (3) Ci-dessous, §§ 8 et suiv. — (4) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3. f. Ulp. : « *In hac actione non quæritur utrum is qui convenitur, an alius, metum fecit : sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.* » — (5) Dig. 4. 3. *De dol.* 15. § 3. f. Ulp. : « In hac actione designari oportet cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse. » — (6) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3. f. Ulp. — (7) Ci-dessous, § 31.

lement de l'édit du préteur, est un droit d'obligation. — Quelques interprètes modernes ont déduit de là une classe spéciale d'actions, sous le titre de *personales actiones in rem scriptæ;* mais cette sous-division est étrangère, comme classification, à la jurisprudence romaine. Il n'y a là que l'application de ce principe, que, malgré la rédaction générale de la formule, c'est, avant tout, la nature du droit qui prédomine pour qualifier l'action. — C'est dans un sens un peu différent qu'Ulpien a dit des interdits : « Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt (1), » pour indiquer que, comme ce sont des lois particulières, données spécialement pour chaque cause, ils sont personnels aux parties.

1961. Enfin, même sous le système formulaire, on disait des *persecutiones*, par voie extraordinaire, devant le préteur, qu'elles étaient *in rem* ou *in personam* (2), bien qu'elles eussent lieu sans rédaction ni délivrance d'aucune formule : ce qui achève de démontrer bien évidemment que la division tenait essentiellement et avant tout à la nature du droit.

1962. Si l'on considère la rédaction de la formule, l'idée d'une action dont l'*intentio* serait à la fois conçue *in rem* et *in personam* ne pourra pas se présenter; car il est impossible que le nom du défendeur soit à la fois énoncé et non énoncé dans cette *intentio*. Mais si, laissant de côté la forme, on s'attache uniquement à la nature du droit, est-il possible qu'il existe des actions ayant pour but la poursuite d'un droit réel en même temps que personnel, donnant au juge à juger une question qui soit à la fois question de propriété et d'obligation?

Il peut arriver, sans aucun doute, que la même personne ait, relativement au même objet, à la fois un droit de propriété et un droit d'obligation. Par exemple, si je vous ai loué ou confié ma chose en dépôt, j'ai à la fois, quant à cette chose, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation résultant de notre contrat De même, si une chose m'a été volée, j'ai à l'égard de tous et par conséquent à l'égard du voleur lui-même, quant à cette chose, le droit de propriété, et en outre, contre ce voleur, le droit d'obligation résultant de son délit. Mais ce sont là deux droits distincts, qui s'exercent par deux actions différentes et séparées, selon que j'ai besoin de faire reconnaître ou exécuter l'un ou l'autre : contre vous, dépositaire, l'action personnelle *depositi* ou l'action réelle *rei vindicatio;* contre le voleur, l'action personnelle *condictio furtiva*, ou l'action réelle *rei vindicatio* s'il est en possession.

Il se passe quelque chose de semblable, avec des nuances, cependant, qui méritent d'être signalées, dans les trois cas de

(1) DIG. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. Ulp. — (2) DIG. 44. 7. *De obl. et action.* 28. f. Papin. : « *Persecutio in rem, vel in personam.* »

cohérédité, de copropriété par indivis, ou de voisinage de deux propriétés contiguës. En effet, si je suis avec vous cohéritier d'une succession ou copropriétaire d'une chose indivise, j'ai à la fois, quant à cette hérédité, quant à cette chose, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation résultant *quasi ex contractu*, pour vous contraindre à opérer entre nous un partage. De même, si nos deux champs sont voisins, j'ai à la fois, quant à mon champ, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation, résultant également *quasi ex contractu*, pour vous contraindre à faire déterminer nos limites. Ces deux droits, par l'analyse, sont bien distincts l'un de l'autre, et les actions qui s'y réfèrent le sont aussi. Lorsque j'agis contre vous par les actions divisoires *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, ou par l'action en détermination des limites (*finium regundorum*), c'est essentiellement l'exécution de votre obligation que je poursuis; en règle générale, mon droit d'hérédité ou de propriété, loin d'être débattu et décidé dans ces actions, y est supposé; car s'il était mis en question, ce serait une contestation séparée et préjudicielle, l'objet d'un *præjudicium* qu'il faudrait faire préalablement vider (1). D'où il suit que les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, sont, quant à la nature du droit, trois actions *in personam*, poursuivant l'exécution d'une obligation née *quasi ex contractu*, et nous pouvons assurer qu'elles l'étaient aussi quant à la rédaction de la formule, bien que cette rédaction ne nous soit pas intégralement parvenue. C'est ainsi qu'elles sont formellement qualifiées dans les textes (2).

Cependant voici ce qui s'y passe de particulier : on ne peut nier que quelquefois, à part tout système quelconque de procédure, le juge n'y soit amené forcément, par la nécessité même des choses, en statuant sur la question d'obligation, à statuer en même temps sur celle de propriété. — Cet effet est inévitable dans l'action *finium regundorum*, chacune des parties prétendant que sa propriété va, l'une jusqu'à tel endroit, l'autre jusqu'à tel autre; le demandeur se plaignant ordinairement d'empiétements, à quoi le défendeur peut répondre par des plaintes semblables; et le juge décidant, en définitive, par la place où il ordonne que les limites soient posées, de l'étendue de la propriété de chacun. Aussi le jurisconsulte Ulpien a-t-il écrit que, bien que cette action soit in *personam*, elle tient lieu de revendication : « Finium

(1) Dig. 10. 2. *Fam. ercisc.* 1. § 1. f. Gai.; 36. f. Paul; 37. f. Scævol. — 44. 1. *De except.* 26. f. Afric.— (2) Dig. 10. 1. *Fin. reg.* 1. f. Paul. : « Finium regundorum actio *in personam* est, licet pro vindicatione rei est. » — Cod. 7. 40. *De ann. except. ital.* 1. § 1. const. Justinian. : « Omnes *personales* actiones... neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscumque *personalis* actionis, etc. »

regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est (1). » — Quant aux actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, la situation n'est pas la même; mais elle s'en rapproche de la façon que voici : Sans doute, lorsque celui qui intente ces actions n'est pas déjà en possession, et que le défendeur lui conteste la qualité de cohéritier ou de copropriétaire, sa demande est écartée, comme nous venons de le dire ci-dessus, par l'exception préjudicielle : « *Si in ea re, qua de agitur, præjudicium hereditati non fiat;* — ou *præjudicium fundo partive ejus non fiat* (2), » et le juge du partage n'a pas alors à prononcer sur la question réelle de cohérédité ou de copropriété, qui doit faire l'objet d'une autre instance préalable; mais lorsque celui qui intente les actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* a déjà la possession pour lui, et dès lors une présomption suffisante qui milite en sa faveur, nous voyons par ce que nous dit Gaius que sa demande ne peut plus être écartée par le *præjudicium*, et que, si le défendeur lui conteste la qualité de cohéritier ou de copropriétaire, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* jugera lui-même cette question de droit réel : de telle sorte qu'ici encore il prononcera sur l'un et sur l'autre droit (3).

Il est donc incontestable, si l'on considère uniquement la nature des droits, que presque toujours dans l'action *finium regundorum*, et souvent aussi dans les actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, le juge, bien que sa mission essentielle soit de statuer sur la question d'obligation, est amené, par cela même, à statuer en même temps sur celle de droit réel. Cependant, comme dans le système formulaire c'est à la rédaction de l'*intentio* de la formule qu'on s'attache principalement; comme c'est même de cette rédaction que sont venues les locutions de *actio in rem*, ou *actio in personam*, et que sous ce rapport il est impossible qu'une *intentio* réunisse les deux rédactions, je suis convaincu qu'il n'est pas venu dans la pensée des jurisconsultes, au temps de ce système, de considérer les trois actions que nous examinons ici comme étant à la fois tant *in rem* que *in personam*, et d'en faire une troisième classe, sous la dénomination d'actions *mixtes*. Ainsi entendue, la division dont nous nous occupons ne compte que deux termes : actions *in rem* et actions *in personam;* il n'y a pas de milieu, pas de sous-division qui s'y rattache. Ce ne sera que plus tard,

---

(1) Dig. 10. 1. *Finium regund.* 1. f. Paul. — (2) Voir la note 1 de la page précéd. — (3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. § 1. f. Gai. : « Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si is qui non possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem *si in ea re, qua de agitur, præjudicium hereditati non fiat.* Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio : quo fit, ut eo casu ipse judex apud quem hoc judicium agitur cognoscat an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est. »

dans les Instituts de Justinien, à une époque où le formalisme de la procédure formulaire aura été perdu de vue, que nous trouverons quelque chose de semblable (1).

1963. Les noms de *vindicatio* et de *condictio*, dérivés des actions de la loi, furent maintenus, nous l'avons déjà dit, aux actions *in rem* et à un certain nombre d'actions *in personam* du système formulaire, bien que les solennités qui avaient donné lieu à ces noms n'existassent plus (ci-dessus, n° 1926). — Mais il y a, quant à ces dénominations, des nuances qu'il est bon de faire connaître.

1964. Parmi les actions *in rem*, celle qui a pour but la réclamation du droit de propriété d'une chose corporelle se formule en disant, non pas que le droit de propriété sur telle chose nous appartient, mais que cette chose même est à nous (*corporalem rem intendimus nostram esse*). En effet, le droit de propriété, en sa qualité du plus étendu et du plus énergique des droits réels, nous approprie tellement la chose, qu'il s'absorbe en quelque sorte en elle, et que c'est la chose même que nous disons être à nous et que nous réclamons; aussi l'action *in rem* porte-t-elle plus particulièrement, dans ce cas, le nom de *rei vindicatio*, ou *vindicatio* par excellence. — Au contraire, si c'est un droit d'usufruit, de servitude, ou toute autre fraction du droit de propriété que nous réclamons, nous ne pouvons pas dire que la chose soit à nous, il faut nécessairement que nous indiquions le droit que nous prétendons avoir (*intendimus jus aliquod nobis competere*). C'est non pas la chose, mais le droit, c'est-à-dire un objet incorporel que nous vendiquons. Aussi les actions réelles, dans ces cas, sont-elles qualifiées de *vindicationes rerum incorporalium*.

1965. Quant à ce qui concerne les *condictiones*, des nuances plus délicates et plus difficiles à bien préciser se présentent. L'histoire seule peut les éclairer et nous en donner le mot.

Les obligations se poursuivaient, dans le dernier état des actions de la loi, par trois sortes d'actions : la *judicis postulatio*, la *condictio* et la *manus injectio*, qui donnait lieu, seulement pour quelques causes spéciales, à un procès décidé par le préteur lui-même, sans renvoi devant aucun juge. C'est tout cet héritage qu'ont dû recueillir les actions *in personam* du système formulaire. Il suffit de cette remarque pour démontrer, historiquement, qu'elles n'ont pas dû prendre toutes le nom de *condictiones*, puisqu'une grande partie d'entre elles succédaient non pas à la *condictio*, mais principalement à la *judicis postulatio*.

1966. L'action de la loi *per condictionem* avait lieu exclusivement pour les obligations de transférer en propriété (*dare*), d'abord, en vertu de la loi SILIA, une somme d'argent précise (*certa pecunia*), et ensuite en vertu de la loi CALPURNIA, toute autre

(1) Ci-dessous, § 20.

*res certa*. Il n'y eut, en premier lieu, dans le système formulaire, que les formules poursuivant des obligations pareilles qui prissent le titre de *condictiones*. Elles héritaient à la fois de la mission et du nom même de l'action de la loi, quoique la formalité de la dénonciation, appelée *condictio*, n'y eût plus lieu. Ainsi l'*intentio* de ces formules était nécessairement : « DARE OPORTERE » *certam pecuniam, rem certam :* elle exprimait une obligation de droit civil, unilatérale. Les causes qui pouvaient y donner naissance sont en grand nombre : dans les contrats, ceux formés *re, verbis* ou *litteris*, auxquels se réfèrent ces expressions de Cicéron, « *pecunia data, stipulata, aut expensilata* (1); dans les faits d'où dérivent des obligations *quasi ex contractu;* le legs *per damnationem* d'une chose certaine, le payement par erreur d'une chose non due; dans les délits la répétition de la chose volée, accordée contre le voleur par dérogation aux principes (ci-dessus, n° 1736); plusieurs autres cas où, après avoir aliéné sa chose pour des causes qui ne se sont pas réalisées, ou qui sont illicites, ou sur lesquelles il est permis de revenir, on a le droit d'exiger que la propriété vous en soit restituée (ci-dess., n°s 1595 et 1600); enfin généralement tous les cas dans lesquels on peut soutenir, d'après le droit civil, qu'une personne est obligée unilatéralement de nous transférer en propriété (*dare oportere*) telle somme d'argent ou telle chose déterminée (2). Telle est la *condictio* proprement dite du système formulaire, que Gaius définit : « Qua intendimus dare oportere (3) » : ce n'est autre chose que la succession de l'ancienne action de la loi *per condictionem*, à laquelle sont réunis aussi quelques cas particuliers de la *manus injectio*. — De cette notion de la *condictio* proprement dite résulte bien clairement l'explication de cette maxime, que la *vindicatio* et la *condictio* sont inconciliables et ne peuvent avoir lieu toutes les deux pour le même objet (4) : puisque dans l'une nous soutenons que telle chose est à nous, et dans l'autre que notre adversaire est obligé de nous en transférer la propriété. Ce n'était que contre les voleurs qu'on avait admis, exceptionnellement, un tel cumul.

1967. Mais avec le temps, à mesure qu'on s'éloignait davantage des actions de la loi et de l'empire de leurs souvenirs, la dénomination de *condictio* a pris plus d'extension. Si, au lieu de l'obligation unilatérale et de droit civil de donner (*dare*) une chose certaine, il s'agit d'une semblable obligation de donner (*dare*) une chose incertaine : si par exemple, au lieu d'une *res certa*, c'est une *res incerta*, comme une chose à prendre dans un genre, un usufruit, une servitude et autres semblables, qui a été stipulée, ou léguée *per damnationem*, la cause de l'obligation est, dans

(1) CICÉR. *Pro Rosc*. c. 5 : « Condictio certi est pecunia aut data, aut expentsilata, aut stipulata. » — (2) DIG 12. 1. *De reb. cred*. 9. f. Ulp. : « Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, etc. » — (3) GAI. 4. § 18 — (4) DIG. 13. 3. *De cond. tritic*. 1. § 1. f. Ulp.

ce second cas, la même que dans le premier, et l'on s'est habitué à appliquer également à l'action qui en résulte le titre de *condictio*. On a été conduit au même résultat pour le cas où, au lieu d'une obligation de donner (*dare*), il s'agirait, par exemple, dans la stipulation ou dans le legs, d'une obligation de faire (*facere*), comme de donner caution, de libérer d'une dette, de céder les actions d'une créance, et autres semblables. Dès lors le titre de *condictio* s'est appliqué aussi aux formules à *intentio incerta*, énonçant un droit d'obligation unilatérale de donner une chose indéterminée, ou de faire : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE. » — C'est en cet état que Gaius définit ailleurs la *condictio*, lorsqu'il dit : « Appellantur... in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones (1). » Il n'est pas question dans ce texte des obligations de PRÆSTARE, qui paraîtraient par conséquent exclues de la qualification de *condictiones*, même lorsqu'elles dérivent d'une source unilatérale et civile, par exemple d'une stipulation ou d'un legs *per damnationem*. J'avoue que je n'en vois pas de motif satisfaisant, et que je suis porté à ne pas interpréter la définition de Gaius dans le sens de cette exclusion. — Quoi qu'il en soit, on voit que la *condictio* formulaire ainsi étendue se trouve tout à fait en dehors de l'action de la loi *per condictionem*, et qu'elle est entrée dans le domaine qui appartenait jadis à la *judicis postulatio*. Cependant elle n'y a pris aucun des cas d'obligations réciproques et appréciables *salva fide*, auxquels cette dernière action de la loi s'appliquait (ci-dessus, n° 1873) : elle est restée tout à fait étrangère aux cas de cette nature, mais elle sert comme d'acheminement et de transition vers eux.

1968. Maintenant nous allons trouver le reflet de ces souvenirs et de ce développement historique jusque dans le détail des dénominations diverses employées sous le système formulaire au sujet des condictions. — La condiction étendue aux obligations incertaines ayant pris le nom de *condictio incerti*, la véritable et primitive condiction a reçu, par opposition, celui de *condictio certi*. — L'expression de *condictio incerti* n'a toutefois été employée que comme qualification générale (2), et les actions de cette nature ont, le plus souvent, tiré leur nom particulier de l'événement d'où elles dérivent. Ainsi l'on a dit *actio ex stipulatu, actio ex testamento,* quand l'objet de la stipulation ou du legs a été une *res incerta* (ci-dessus, n° 1258). — Même pour la *condictio certi* le nom de *condictio certi,* ou simplement *condictio,* est resté plus spécialement propre aux actions naissant des trois contrats civils *re, verbis* ou *litteris,* et du legs *per damnationem;* on a appliqué aux autres cas des dénominations particulières appro-

---

(1) GAI. Comm. 4. § 5. — (2) DIG. 12. 7. *De cond. sin. caus.* 3. f. Julian. — 13. 1. *De condict. furti.* 12. § 2. f. Ulp.

priées à chacun d'eux : *condictio indebiti, condictio furtiva, condictio causa data causa non secuta* ou *ob causam datorum, condictio ob turpem vel injustam causam*, etc. (1). — Enfin, par un lien plus étroit avec les souvenirs de l'ancienne action de la loi *per condictionem* et de son origine primitive, d'après la loi SILIA, le titre de *condictio certi*, ou *condictio* par excellence, a été réservé encore plus éminemment à la condiction pour une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*); et par opposition, on a donné à toutes les autres, soit d'objets certains, soit d'objets incertains, la dénomination générique de *condictio triticaria* (2), dérivée de la denrée qui, après l'argent, a pu faire, au temps de la loi CALPURNIA, le plus souvent l'objet du *mutuum* ou de la stipulation, le froment (*triticum*). — Remarquez, en effet, que dans le système formulaire, où tout se résout en une condamnation pécuniaire, la condiction d'une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*) est la seule qui puisse avoir une *condemnatio certa*, c'est-à-dire arrêtée à une somme fixe : « *centum condemna.* » Dans toutes les autres condictions, qu'il s'agisse d'un objet certain, par exemple de tel esclave, de tel fonds de terre, ou d'un objet incertain, comme d'une obligation de faire, la condamnation pécuniaire indiquée au juge l'est toujours d'une manière indéterminée : « *Quanti ea res erit*, ou *Quidquid ob eam rem...*, etc. » (ci-dess., n° 1936).

1969. On voit par là que le mot *condictio* a été plus ou moins étendu ou resserré dans sa signification, selon les objets auxquels on l'a appliqué, les souvenirs historiques auxquels on s'est reporté, ou les mots avec lesquels on l'a mis en opposition. En dernier lieu, dans sa plus grande extension, et en l'opposant uniquement aux actions *in rem*, on lui a fait signifier même toute action *in personam* (3).

1970. Les actions ou formules conçues *in factum*, étant étrangères par leur origine et par leur nature aux questions de droit, tant d'obligation que de propriété, sont toujours en dehors des diverses condictions dont nous venons de parler. On n'y pose aucune question ni de *dare*, ni de *facere*, ni même de *præstare oportere* : elles restent rédigées comme question de fait : on ne peut donc à aucun titre leur appliquer le nom de condictions.

---

(1) DIG. 12. tit. 4 et suiv.; 13. tit. 1 et suiv. — (2) DIG. 13. 3. *De condict. tritic.* 1. f. Ulp. : « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petetur*, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet, etc. » — (3) DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* 25. pr. f. Ulp. : « Actionum genera sunt duo : in rem, quæ dicitur *vindicatio* : et in personam, quæ *condictio* appellatur. » — On a cru en reconnaître encore quelques traces, DIG. 12. 1. *De jurejur.* 28. § 4. f. Paul; mais ici il peut y avoir, suivant les circonstances, une véritable condiction.

*Actions* in jus *ou* in factum. — *Actions directes* (directæ) *ou utiles* (utiles). — *Actions fictices* (fictitiæ actiones). — *Action* in factum præscriptis verbis.

1971. C'est sur la nature même du droit poursuivi qu'est fondée avant tout la précédente division des actions. Voyons celles qui tiennent essentiellement au mode de conception de la formule. En tête se présente la distinction, déjà exposée ci-dessus, n°s 1912 et 1919, des actions *in jus*, ou *in factum conceptæ*.

1972. Cette distinction, dont les détails offrent quelque obscurité, s'éclaircit tout à fait par la seule considération de son origine historique. N'oublions pas que la formule *in factum concepta* est le premier germe du système formulaire, que c'est la rédaction primitive, telle qu'elle a été imaginée dans sa première destination pour les pérégrins, et que pour ces pérégrins elle ne pouvait pas être autrement, puisqu'à leur égard il n'y avait aucune question possible de droit civil, soit de propriété ou d'autre droit réel, soit d'obligation. Le préteur posait en question un fait allégué par le demandeur, et, en vertu de sa puissance, il attachait à sa solution affirmative la conséquence d'une condamnation pécuniaire. — Rappelons-nous que la formule *in jus concepta* est venue postérieurement; du moment qu'on a voulu étendre l'emploi des formules aux procès des citoyens entre eux : parce que dès lors il y a eu des questions de droit civil à poser. Aussi Gaius définit-il cette formule en disant qu'elle a une *intentio* de droit civil (*juris civilis intentio*), soit de propriété ou autre droit réel : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE » ; soit d'obligation : « SI PARET », ou « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE »; ou bien encore, ce qui paraît la formule spéciale pour le cas de vol : « SI PARET PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE (1) » : d'où l'on peut conjecturer que, pour les autres délits, DAMNUM DECIDERE OPORTERE faisait partie de la formule consacrée. — Souvent à un œil peu exercé, et à la lecture de la formule entière, la différence entre celle qui est rédigée *in factum* et celle qui l'est *in jus* paraîtra peu saisissable (2); mais en y regardant de près, on voit qu'en définitive c'est, pour le droit réel, généralement l'idée et l'expression de REM ESSE ou JUS COMPETERE (*rem aliquam* ou *jus aliquod A. A. esse* ou *competere*), et, pour l'obligation, l'idée et l'expression de OPORTERE (*dare, facere, præstare,* ou *pro fure damnum decidere oportere*), qui résume et renferme essentiellement en soi une question de droit. On ne trouve pas ces idées ni ces expressions dans la formule *in factum*.

1973. Nous savons aussi, précisément par la manière dont s'est développé et complété le procédé formulaire, que dans la rédaction *in factum*, la première imaginée, on n'avait pas encore dis-

(1) GAI. Comm. 4. § 45. conféré avec le § 37. — (2) Voir l'exemple des deux formules construites chacune pour une même cause, dans Gaius. Comm. 4. § 47, et ci-dessous, p. 552, note 2.

tingué et dénommé dans la formule les deux parties qui plus tard ont pris le nom de *demonstratio* et d'*intentio*. Ce n'est qu'en progressant, et seulement dans les formules *in jus*, que cette distinction a été faite; de telle sorte qu'elle n'est pas applicable à la formule *in factum*. On dit communément de cette formule que la *demonstratio* s'y confond dans l'*intentio*, ou, à l'inverse, que l'*intentio* s'y confond dans la *demonstratio* : on pourrait dire qu'elle n'a ni l'une ni l'autre; et, en effet, la définition et les exemples qu'en donne Gaius ne se réfèrent qu'à une formule rédigée *in jus* (1). La formule *in factum* n'a que deux parties : l'une, que l'on peut qualifier d'*intentio*, puisque Gaius, en opposant à la formule civile la formule *in factum*, nous dit de cette dernière (2) *nulla talis intentione conceptio est*, et la seconde, qui contient la *condemnatio* (ci-dessus, nos 1929 et suiv.). La prétention du demandeur s'y formule en un fait qu'il soutient avoir existé, et auquel le préteur attache, dans la *condemnatio*, les conséquences qu'il devra avoir s'il est prouvé.

1974. En somme, et comme conséquence même de son origine historique, on peut résumer ainsi les caractères de l'action *in factum concepta* : elle ne pose pas de question de droit; d'où il suit qu'elle n'a pas de *demonstratio* ni d'*intentio* proprement dites; qu'elle est en dehors du droit civil; enfin, que, généralement et à la rigueur, elle reste étrangère aux principales divisions des formules civiles (*in jus conceptæ*).

1975. Quelques écrivains ont cru devoir distinguer et énumérer plusieurs espèces d'actions *in factum conceptæ* : la matière est devenue extrêmement compliquée et difficile à comprendre; tandis qu'au fond ce n'est jamais qu'un seul et même mode de rédaction, employé pour divers usages.

En effet, la formule *in factum concepta* a été imaginée d'abord pour les pérégrins, mais elle a été ensuite appliquée, dans plusieurs circonstances, même aux procès entre citoyens. Elle a été, pour les préteurs, en matière d'actions, un de ces mille moyens ingénieux employés par eux pour éluder la rigueur du droit civil, ou pour suppléer à ses lacunes. On peut dire qu'en général, lorsque le droit prétorien voulait armer de moyens d'action des cas où le droit civil faisait défaut, et où, par conséquent, il n'était pas possible de construire une formule *in jus*, un des expédients les plus fréquents pour y parvenir était de recourir à une formule *in factum*. Ce n'était autre chose que répéter, pour les citoyens, ce qu'on avait fait, dans le principe, pour les pérégrins.

1976. Ainsi les citoyens *alieni juris*, les fils de famille, par exemple, n'ayant pas, dans l'ordre privé, et selon le droit civil, de personnalité à eux, ne pouvaient avoir en leur propre nom aucune action de droit civil (*in jus concepta*); mais le droit

(1) GAI. Comm. 4. §§ 40 et 41 rapprochés de 60. — (2) *Ib.* § 46.

prétorien, dans les cas où cela paraissait équitable, parvenait à leur en donner en les rédigeant *in factum* (1). — C'est un des motifs, sans doute, qui faisaient que l'album, sur des points du droit civil, contenait quelquefois les deux sortes de formules, l'une rédigée *in jus* et l'autre *in factum*, comme Gaius nous en donne l'exemple pour le dépôt et pour le commodat (2).

1977. De même le droit prétorien recourait encore aux formules rédigées *in factum*, soit pour investir d'action des droits complétement en dehors du droit civil et introduits seulement par l'édit (3), soit pour étendre, par voie d'analogie et par utilité, des actions civiles à des cas qui ne réunissaient pas véritablement tous les caractères voulus par le droit civil : ce sont ces actions, ainsi étendues, que nous avons rencontrées plusieurs fois sous le titre

---

(1) DIG. 44. 7. *De obl. et act.* 9. f. Paul. : « Filius familias suo nomine nullam actionem habet nisi *injuriarum* et *quod vi aut clam*, et *depositi et commodati*, ut Julianus putat. » — 13. f. Ulp. : « *In factum* actiones etiam filii familiarum possunt exercere. » Conférez DIG. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. Ulp., où il est dit, précisément à propos des actions *ex maleficio*, ou *ex contractu*, par exemple *depositi*, *mandati*, etc. : « Et Juliano placet... posse eum (filium familias) *utili judicio* agere. » Or, l'action utile dont il s'agit ici est une action rédigée *in factum*. — (2) GAI. Comm. 4. § 47. Voici la formule du dépôt conçue *in jus* : « JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR (ceci est la *demonstratio*) : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (ceci est l'*intentio juris civilis*, avec les expressions caractéristiques d'une obligation de droit, *dare facere oportet*); EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO (c'est la *condemnatio*). — Voici la formule, basée sur la même cause, mais rédigée *in factum* : « JUDEX ESTO, SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE (ceci est la première partie, correspondant à la *demonstratio* et à l'*intentio* réunies, posant, non pas une question de droit, *dare facere oportere*, mais une question de fait) : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO : SI NON PARET, ABSOLVITO. » — (3) Nous avons, ci-dessus, n° 1757 (liv. 4, tit. 3. § 16), précisément à l'occasion d'une même loi, de la loi AQUILIA, l'exemple d'une action utile, c'est-à-dire qui est accordée par analogie d'une action directe, qui est d'ailleurs conçue *in factum*, et que l'on peut nommer, à cause de cela, *actio in factum utilis ex lege* AQUILIA, mais dont les conséquences, par la *condemnatio*, devaient être les mêmes que celles de la loi AQUILIA. Et nous avons en même temps l'exemple d'une action créée uniquement par le droit prétorien, abstraction faite de la loi AQUILIA, parce que les faits ne présentent pas avec cette loi une analogie suffisante, et qualifiée simplement d'*actio in factum*. Nous croyons qu'ici les conséquences, par la *condemnatio*, n'étaient plus calquées sur celles prescrites par la loi AQUILIA. — Rapprochez de cette observation différents textes du Digeste, où l'action utile de la loi AQUILIA est presque toujours qualifiée seulement d'*actio in factum* : DIG. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 7. §§ 3 et 6. f. Ulp.; 9. pr. et § 2. f. Ulp.; 11. §§ 8 et 10. f. Ulp.; 17. pr. f. Ulp.; 29. § 7. f. Ulp.; 33. § 1. f. Paul.; 53. f. Nerat. — Nous avons d'autres exemples d'actions introduites uniquement par le droit prétorien et qualifiées d'actions *in factum* : GAI. Comm. 4. § 46. — Même dans le Digeste de Justinien : 27. 6. *Quod falso tutore*. 9. 1. f. Ulp.; — 40. 12. *De liber. caus.* 13. pr. f. Gai. — 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 10. pr. et 14 f. Ulp. Les actions *quod metus causa* et *de dolo malo*, introduites par l'édit, étaient aussi des actions rédigées *in factum*.

d'action utile (*utilis actio*), par opposition à l'action dérivant directement du droit civil, et nommée en ce sens action directe (*directa actio*).

1978. Pour obtenir les deux résultats dont nous venons de parler, c'est-à-dire pour investir d'une action des droits introduits seulement par l'édit, ou pour étendre hors de leur sphère des actions civiles, le préteur avait recouru à deux expédients différents :

Le plus fréquemment à une formule rédigée *in factum*. Ainsi, la plupart des actions prétoriennes et un grand nombre des actions utiles sont des actions *in factum conceptæ*. Dans ce dernier cas, la formule, après avoir posé la question de fait, donnait dans la *condemnatio* à la solution affirmative les mêmes conséquences qu'aurait eues l'action que le préteur voulait imiter. — Du reste, cette extension, par voie d'analogie, d'une action déjà existante à des cas ou à des personnes qui ne rentrent pas complétement dans sa sphère, pouvait se pousser à des degrés divers. C'est ainsi qu'on peut rencontrer l'action utile d'une action de droit civil, ou l'action utile d'une action prétorienne (1); ou enfin même l'action utile d'une action utile. Il ne faut pas voir là autant d'espèces diverses d'actions utiles : ce serait compliquer et obscurcir inutilement la matière. Il n'y a jamais que l'application de la même idée : extension, par voie d'analogie et par utilité, d'une action déjà existante à des cas qui ne rentrent pas complétement dans sa sphère, mais qui s'en rapprochent, ou à des personnes auxquelles elle ne devrait pas rigoureusement être donnée (2).

1979. L'autre procédé, employé aussi par le préteur, conduisait à donner non-seulement une action *in factum*, mais même une action *in jus*, ou quelquefois à réunir à la rédaction posée d'abord *in factum* une *intentio in jus* qui la suivait, le tout pour des droits qui n'étaient cependant que prétoriens, ou qui étaient étendus hors des termes du droit civil. Ce procédé consistait dans une fiction. Il revient en définitive à exprimer, dans la rédaction de la formule, qu'on donne cette formule comme on la donnerait si tel fait ou si telle qualité de droit civil existait dans la cause. Il ne faut pas confondre ces fictions avec celles que le préteur avait déjà faites au sujet de certaines actions de la loi (ci-dessus, n° 1918); celles-ci sont d'un autre genre : « Habemus

---

(1) Telle est l'*utilis in factum actio*, dont parle Gaius. Digeste. 11. 7. *De religiosis*. 7. pr. et § 1. — C'est ainsi encore que nous trouvons dans les fragments du Vatican, § 90, l'indication d'un interdit utile : « Inde et interdictum UTI POSSIDETIS utile hoc nomine proponitur..., etc. » — (2) DIG. 5. 1. *De judic*. 18. § 1. f. Ulp. : « ... Posse (filium familias) *utili judicio* agere. » — DIG. 9. 2. *Ad leg. Aquil*. 11. § 10. f. Ulp. : « An fructuarius vel usuarius legis Aquiliæ actionem haberet, Julianus tractat : et ego puto melius, *utile judicium* ex hac causa dandum. » — 17. f. Ulp. : « Si dominus servum suum occiderit, bonæ fidei possessori vel ei qui pignori accepit, *in factum* actione tenebitur. »

adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, » nous dit Gaius (1); et il nous en donne plusieurs exemples :

1° Celui du possesseur des biens (*bonorum possessor*), que le préteur met en place d'un héritier (*loco heredis*), quoiqu'il ne le soit pas, et à qui ou contre qui il donne les actions provenant de l'hérédité, à l'aide d'une formule construite sur l'hypothèse fictive qu'il serait véritablement héritier (*ficto herede*) (ci-dess., n° 1100); par exemple, pour lui donner une *rei vindicatio*, « JUDEX ESTO : SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET, etc.; » ou pour lui donner une action *in personam* : « ... TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE (2). »

2° L'exemple du *bonorum emptor*, pour qui le préteur agissait absolument de même, parce qu'il n'était également, comme nous l'avons déjà dit (ci-dessus, n° 1168), qu'un successeur prétorien (3).

3° L'exemple de celui qui, étant en voie d'acquérir une chose par usucapion, en aurait perdu la possession, et à qui l'édit permet, quoiqu'il ne soit pas propriétaire, de vendiquer cette chose au moyen d'une formule construite sur l'hypothèse fictive qu'il aurait achevé l'usucapion (*fingitur rem usucepisse*) : « JUDEX ESTO : SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc. (4). » C'est là cette action nommée *Publiciana in rem actio*, du nom du préteur *Publicius*, qui l'a introduite le premier (tom. II, n° 540). Ici l'*intentio* pose d'abord une question *in factum*, qui est suivie, au moyen de la fiction, d'une conception *in jus*.

4° L'exemple des pérégrins, à qui ou contre qui le préteur parvient à donner des actions de droit civil, en construisant la formule sur l'hypothèse fictive qu'ils seraient citoyens (*civitas romana peregrino fingitur*); par exemple, pour l'action de vol contre un pérégrin : « JUDEX ESTO : SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMÆI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, etc.; » de même pour l'action de la loi AQUILIA (5). C'est ainsi que, tandis qu'à l'égard des pérégrins la seule formule régulièrement possible était la formule primitivement imaginée pour eux, la formule *in factum*, le préteur est parvenu, par une fiction, à leur appliquer même des formules civiles posant une question de droit (*in jus*).

5° Enfin, l'exemple des cas où, lorsque notre débiteur a subi la petite diminution de tête, comme une femme par suite de la *coemptio*, un homme par suite d'une adrogation, événement qui

(1) GAI. Comm. 4. § 34. — (2) GAI. Comm. 4. § 34. Rapprochez ULP. *Reg.* 28. 12. — (3) GAI. Comm. 4. § 35; et Comm. 3. §§ 80 et 81. — (4) GAI. Comm. 4. § 36. — (5) GAI. Comm. 4. § 37.

a détruit sa personnalité, et éteint par conséquent les actions que nous avions contre lui individuellement, le préteur nous maintient ces actions à l'aide d'une formule construite sur l'hypothèse fictive que cette diminution de tête n'aurait pas eu lieu (*fingitur capite deminutus deminutave non esse*) (1) (voir ci-dess., n° 1153).

**1980.** Ces sortes d'actions sont nommées par les jurisconsultes romains actions fictices (*fictitiæ actiones*) (2). On voit, par les exemples mêmes que nous en avons donnés, que ce sont des actions qui, à l'aide de la fiction qu'elles contiennent, ont quelquefois une *intentio* conçue uniquement *in jus;* et d'autres fois une *intentio* dans laquelle les deux rédactions sont comme réunies à la suite l'une de l'autre : car elle commence par une question posée *in factum* (*si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset*) que suit immédiatement, amenée par la forme fictice, une *conceptio in jus* (*tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret*). Données par analogie d'actions existantes, et étendues, au moyen du procédé fictif, à des personnes ou à des cas hors de la sphère régulière de ces actions, elles portent aussi la qualification générale d'actions utiles (*utilis actio*) (3).

En somme, le préteur a deux procédés pour construire des actions *utiles* à l'imitation et en extension d'une autre action déjà existante : soit le procédé d'une formule *in factum,* soit le procédé d'une formule *fictitia,* qualifiée quelquefois aussi par les deux épithètes *in factum fictitia*. Par le premier procédé, c'est dans la *condemnatio* qu'il pose les conséquences calquées sur celles de l'action qu'il veut imiter; par le second, c'est dans l'*intentio,* construite *in jus,* sur l'hypothèse fictive de cette action à imiter et à étendre. Quelquefois même, pour un cas identique, le préteur emploie soit l'un, soit l'autre procédé (4).

**1981.** Enfin on est porté à confondre avec les formules *in factum conceptæ* l'action qui, sous la dénomination d'*actio in factum præscriptis verbis,* ou seulement d'*actio præscriptis verbis,* ou même d'*actio in factum* tout court, figure fréquemment dans le droit romain, notamment par suite des contrats réels et innommés, *do ut des, do ut facias, facio ut des* ou *facio ut facias*. Mais il importe de bien se prémunir contre cette confusion. Nous avons déjà dit (ci-dessus, n° 1598) que l'action *in factum præscriptis verbis* a une *intentio* conçue, non pas *in factum,* mais *in jus,* une *intentio* de droit civil (*civilis intentio*),

(1) GAI. Comm. 4. §§ 38 et 80. — (2) ULP. Reg. 28. 12. — (3) GAI. Comm. 4. § 38 : « Actio *utilis,* rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. » — (4) Telle était la révocation des actes faits en fraude des créanciers, révocation à laquelle on parvenait, soit au moyen de l'action *Pauliana,* action fictice, d'après ce que nous voyons même aux Instituts de Justinien (ci-dessous, § 6); soit au moyen d'une action *in factum* (DIG. 42. 8. *Quæ in fraud. credit.* 10. pr. f. Ulp.).

selon les propres expressions des textes, dont l'objet est une chose indéterminée, et qui formule, par conséquent, la prétention de droit en ces termes : QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET. D'où pour l'action *in factum præscriptis verbis* la qualification d'*actio civilis incerta*, répétée dans une foule de textes (1). Ce qui est conçu en fait dans cette action civile, c'est seulement la *demonstratio*, en ce sens que, comme il s'y agit de contrats n'ayant pas en droit de nom propre, mais formés seulement par les faits particuliers qui ont eu lieu, le préteur, dans la première partie de la formule, ne peut pas les indiquer au juge par leur seule dénomination légale, comme il ferait pour la vente, pour le louage, pour la société ; il faut qu'il pose dans la *demonstratio* l'énoncé préliminaire de ces faits. « Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt (2). » C'est ce que dit clairement et laconiquement une constitution d'Alexandre : « Actio quæ prescriptis verbis rem gestam DEMONSTRAT (3). » L'action *in factum præscriptis verbis* n'est donc pas une action conçue *in factum*, mais bien une action *in jus*.

1982. Terminons cette matière en faisant remarquer que la rédaction *in factum* est susceptible, en certain cas, de se présenter avec une précision plus ou moins rigoureuse ; qu'en effet elle peut être conçue soit de manière à laisser encore au juge à faire une appréciation juridique ou morale du fait énoncé, soit de manière à le renfermer strictement dans la vérification d'un fait matériellement précis ; de telle sorte qu'on peut rencontrer dans le droit romain la rédaction *in factum* d'une action déjà *in factum*, par sa propre nature. Tel est le cas de l'action de *dolo malo*. En effet, bien que cette action soit prétorienne et toujours conçue *in factum*, poser au juge cette question de fait : « s'il y a eu dol dans l'affaire de la part du défendeur, » c'est lui donner la mission de rechercher les actes du défendeur, de les apprécier moralement et juridiquement, et de décider enfin s'ils constituent ou non un dol. Mais cette appréciation à faire disparaîtra, et la mission du juge deviendra beaucoup plus étroite, s'il lui est posé pour question seulement de savoir si le défendeur a fait tel acte formellement précisé dans la formule. Alors le juge n'a plus qu'à vérifier l'existence ou la non-existence de cet acte, sans s'inquiéter

---

(1) DIG. 2. 14. *De pactis*. 7. § 2. f. Ulp. : « Julianus scribit *in factum* actionem a prætore dandam. Ille (Mauricianus) ait *civilem incerti actionem*, id est *præscriptis verbis*, sufficere, esse enim contractum, etc. » — DIG. 19. 5. *De præscript. verb*. 1. § 2. f. Papin. : « *In factum civilis actio*. » — 6. f. Nerat. : « *Civili intentione incerti* agendum. » — 15. f. Ulp. : « *Civilis actio* oriri potest, id est *præscriptis verbis*. » — Cod. 4. 64. *De rer. permut*. 6. const. Diocl. et Maxim. : « *Præscriptis verbis incertam civilem* dandam actionem. » — (2) DIG. 19. 5. *De præscr. verb*. 2. f. Cels. et 3. f. Julian. — (3) Cod. 2. 4. *De transact*. 6. const. Alex.

de le qualifier ou non de dol. Cette dernière conception est celle de l'action de dol mitigée, tempérée (*in factum composita, in factum temperata*). Le préteur y recourait en certains cas, et notamment à l'égard de certaines personnes contre qui il ne voulait pas donner l'action de dol, à cause de l'infamie qu'elle entraînait pour celui qui était condamné (1). L'action *quod metus causa* était susceptible du même tempérament, que nous verrons se reproduire aussi dans les exceptions (2).

*Actions de droit strict* (stricti juris judicia), *de bonne foi* (bonæ fidei). — *Actions arbitraires* (arbitrariæ).

1983. La division des actions que nous abordons ici se lie, comme la précédente, à la rédaction de la formule; mais d'une manière beaucoup moins intime, et seulement sous le point de vue de l'étendue des pouvoirs qui y sont conférés au juge.

1984. Dans la plus ancienne des actions de la loi, dans l'action *sacramenti*, nous avons vu le juge, strictement renfermé dans cette mission, déclarer, d'après les principes du droit quiritaire, si le *sacramentum* était *justum* ou *injustum* (ci-dessus, n°° 1859 et 1870). Et même sous le dernier état des actions de la loi, lorsqu'il ne restait plus à l'action *sacramenti* aucune application en matière d'obligations, l'action *per condictionem*, qui avait recueilli son dernier héritage, avait succédé aussi à sa rigueur : le demandeur y soutenait que le défendeur était obligé de lui transférer en propriété une chose certaine (*dare certam pecuniam* ou *rem certam*) : là-dessus, c'était tout ou rien, l'obligation existait ou n'existait pas, selon les principes du droit quiritaire; il n'y avait pas de milieu. — L'action de la loi *per judicis postulationem*, au contraire, laissait au juge, dans beaucoup de cas, une certaine latitude d'appréciation, soit quant à l'objet de l'obligation, ou des obligations réciproques qu'elle embrassait, soit même quant à leur existence. Aussi le juge y prenait-il fréquemment le nom d'*arbiter* (ci-dessus, n°° 1872 et 1882).

Cette opposition, quant aux pouvoirs du juge, entre les actions de la loi *sacramenti* ou *per condictionem* d'une part, et la *judicis postulatio* de l'autre, a passé dans le système formulaire. Avec cette particularité, que ce qui résultait, dans les actions de la loi, du mode même de procéder, il a fallu, dans le système formulaire, l'obtenir au moyen de la rédaction de la formule, dont les termes ont dû être empruntés, probablement, ici comme dans plusieurs autres cas, à quelques-unes des anciennes paroles qui se prononçaient dans les actions de la loi.

---

(1) DIG. 4. 3. *De dolo malo*. 11. § 1. f. Ulp. : « Quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit..., etc., in horum persona dicendum est, *in factum* verbis temperandam actionem dandam, ut *bonæ fidei* mentio fiat. » — (2) Ci-dessous, tit. 13. § 1.

**1985.** Si la formule civile, c'est-à-dire posant une question de droit (*in jus concepta*), ne confère au juge aucun pouvoir particulier et exceptionnel, le juge est renfermé dans la décision d'une question de droit civil, il ne peut se régler que sur les principes de ce droit, sans prendre en considération aucune circonstance quelconque d'équité ou de bonne foi en dehors de ces principes.

Mais si la formule civile contient, ajoutés à la question de droit qu'elle pose, ces mots, EX FIDE BONA ; ou ceux-ci, employés dans l'action de fiducie et qui ont un cachet d'antiquité plus prononcé, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ; ou bien ceux-ci, usités dans l'action *rei uxoriæ*, QUOD ÆQUIUS MELIUS, ou d'autres équivalents, le juge se trouve investi d'un pouvoir plus étendu. Bien que la question posée soit une question de droit civil, il reçoit la mission spéciale de prendre en considération toutes les circonstances d'équité, pour statuer sur l'obligation ou sur les obligations réciproques qui sont soumises à son appréciation (1).

La première formule constitue plus spécialement un *judicium*, et la seconde un *arbitrium* : le premier, selon les expressions de Cicéron, *directum, asperum, simplex ;* le second, *mite, moderatum* (2) ; dans le premier, le juge portant le titre de *judex* proprement dit; dans le second, celui d'*arbiter*. — M. de Savigny a adopté et érigé en système l'opinion de ceux qui pensent qu'il y avait entre le *judex* et les *arbitri* cette grande différence, que le *judex* ne pouvait être pris que sur l'*album*, c'est-à-dire sur la liste des citoyens désignés pour remplir les fonctions judiciaires durant l'année, tandis que les *arbitri* pouvaient être choisis en

---

(1) CICÉR. *Topic.* 17 : « Privata... judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia... in omnibus igitur iis judiciis in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier oportet :* imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo est : *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum; illi quid socium socio; quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent; quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt. » — *Imprimis in arbitrio rei uxoriæ*, dit Cicéron. Suivant la doctrine de Cujas et de Savigny, exposée et justifiée par M. GIDE (*Caractère de la dot*, p. 26 et suiv.), l'action *rei uxoriæ*, celle d'injures et quelques autres sont *in bonum et æquum conceptæ :* ce qui donne au juge un pouvoir plus large encore que celui qui lui appartient dans les actions de bonne foi. — (2) CICÉRON. *Pro Rosc.* c. 4. : « Aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ; arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus : ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio; directum, asperum, simplex : SI PARET H. S. 700 DARI OPORTERE. Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum : QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit. » Cicéron ne parle ici, sous le nom de *judicium*, que de l'action éminemment de droit strict, la *condictio certæ pecuniæ;* et non de la *condictio incerti*, qui en a été déduite par extension.

dehors de cette liste. Cette opinion, que nous étendrions difficilement jusqu'à l'époque antique et patricienne dans laquelle règnent exclusivement les actions de la loi (ci-dess., n° 1852), nous paraît bien plus probable, quoique non prouvée, pour l'époque de la procédure formulaire, qui est celle, d'ailleurs, où le pouvoir judiciaire se dispute entre les diverses classes de citoyens, et où des listes annuelles sont dressées, et affichées (1). Dans le troisième système, celui de la procédure *extra ordinem*, il n'en est plus question.

En des termes plus récents que ceux de Cicéron, termes déjà usités au temps de Gaius, les actions de la première classe ont été appelées actions de droit strict (*stricti juris judicia*); et celles de la seconde, actions de bonne foi (*bonæ fidei judicia*).

Toutefois, M. de Savigny a parfaitement raison de faire remarquer que cette division en actions *stricti juris* ou *bonæ fidei* n'est pas synonyme exactement de celle-ci, *judicium* ou *arbitrium*. Cette dernière est plus large, on la rencontre même dans la loi des Douze Tables, sous le système des actions de la loi (ci-dess., n°° 1852, 1871 et suiv.); et sous le système formulaire elle comprend toutes les actions, soit civiles, soit prétoriennes, soit pour contrats ou quasi-contrats, soit pour délits ou quasi-délits; car on peut dire que toutes sont ou des *judicia* ou des *arbitria*. Or, il n'en est pas de même de la division en actions *stricti juris* ou *bonæ fidei*, ainsi que nous allons le voir dans les numéros qui suivent. (App. 2, liv. 4.)

1986. Il est curieux de reconnaître comment ces deux classes d'actions se sont partagé l'ancien domaine des actions de la loi en fait d'obligations. Toutes les actions qui ont été qualifiées, dans le système formulaire, de *condictiones certi*, c'est-à-dire toutes celles qui formaient jadis le domaine de l'action de la loi *per condictionem* et quelques cas particuliers de la *manus injectio*, toutes celles-là sont éminemment de droit strict (*stricti juris*) : elles ont pour but la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer en propriété une somme d'argent ou une chose déterminée (*certam pecuniam*, ou *rem certam dare*); leur formule est *certa*

(1) SÉNÈQUE, *De beneficiis*, liv. 3. § 7, agitant cette question, s'il doit y avoir une action contre l'ingratitude pour les bienfaits, trace le parallèle que voici entre le *judicium* et l'*arbitrium* : « Illum (*judicem*) formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus (*arbitri*) libera et nullis astricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere. » — Puis il ajoute que dans les questions qui ne relèvent que de la raison, que de l'âme : « Non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit. » — Ceci dit bien, ce qui est connu, que les juges se prennent sur l'*album*, mais ne dit pas s'il en est ou non de même des *arbitri*. Le passage est donc peu concluant. D'autant plus que la thèse de Sénèque, quant à l'ingratitude, est qu'il ne doit y avoir aucune action, ni *judicium* ni *arbitrium*.

dans son *intentio*; quant à la *condemnatio*, elle y est, lorsqu'il s'agit de somme d'argent fixe, *certæ pecuniæ*; et pour tout autre objet certain, QUANTI EA RES ERIT. — Toutes celles qui ont été qualifiées de *condictiones incerti*, c'est-à-dire une partie de l'ancien domaine de la *judicis postulatio*, sont aussi actions de droit strict (*stricti juris*) : elles ont pour but la poursuite d'une obligation civile et unilatérale, de donner une chose indéterminée ou de faire quelque chose (*aliquid incertum dare, vel facere*); leur formule est *incerta* dans son *intentio* comme dans sa *condemnatio*, avec la rédaction la plus indéterminée, QUIDQUID PARET, etc. Mais précisément à cause de cela, bien qu'elles soient de droit strict, elles servent comme de transition vers les actions de bonne foi. — Enfin tout le surplus du domaine de l'action de la loi *per judicis postulationem* constitue les actions de bonne foi (*bonæ fidei*) : elles ont pour but la poursuite d'obligations civiles, mais bilatérales le plus souvent et indéterminées; leur formule est *incerta*, avec la rédaction la plus indéterminée, QUIDQUID PARET, etc., et de plus avec adjonction de ces mots EX FIDE BONA, ou d'autres équivalents. — Ainsi, l'*intentio*, dans ces trois cas, est : *certam pecuniam*, ou *aliquid certum dare oportere*, pour le premier; *quidquid dare facere oportet*, pour le second; et *quidquid dare facere præstare oportet ex fide bona*, pour le troisième. *Intentio certa* ou *incerta* pour les actions de droit strict; mais toujours *incerta* pour les actions de bonne foi.

1987. La règle générale, c'est que les actions civiles sont de droit strict; il n'y a d'exception que pour celles qui, par spécialité, ont été successivement, à mesure des progrès du droit, attribuées jadis à l'action de la loi *per judicis postulationem* (ci-dessus, n°s 1872 et suiv.); et plus tard, sous le système formulaire, rangées parmi les actions de bonne foi. Aussi, pour les désigner, procède-t-on par énumération; et leur nombre s'accroît avec le temps. Nous trouvons une de ces énumérations dans Cicéron (1), et voici celle que donne Gaius pour son époque : « Sunt autem bonæ fidei judicia hæc ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, commodati (2). » Nous en trouverons encore une autre, avec quelques termes de plus, dans les Instituts de Justinien.

1988. De ce que le juge, dans les actions de bonne foi, est

(1) CICÉR. *De offic.* III. 15. 17 : « Sed quid sint *boni* et quid sit *bene agi* magna quæstio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur *ex fide bona* : fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur : in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique præstare oporteret. » — Cicéron ne paraît pas donner ici une énumération complète et limitative. Celle de Gaius comprend en plus les actions *negotiorum gestorum*, *depositi* et *commodati*. — (2) GAI. Comm. 4. § 62.

chargé, par la formule même, de statuer sur la cause *ex fide bona*, ou *ut inter bonos bene agier oportet*, ou bien encore *quod æquius melius*, il suit qu'il doit, par cela seul, faire entrer dans son appréciation, soit pour l'existence, soit pour l'étendue de l'obligation, tout ce qu'exigent l'équité et la bonne foi. En conséquence :

1° Tout fait de dol, tant de la part du demandeur que de la part du défendeur, doit être pris par lui en considération, sans qu'il soit nécessaire pour le demandeur de recourir à une stipulation spéciale contre le dol (*clausula doli, cautio de dolo*), ni à l'action prétorienne *de dolo malo*, et sans qu'il soit nécessaire au défendeur de faire insérer dans la formule aucune exception de dol, ni toute autre déduite d'un principe de bonne foi : de telle sorte que ni l'action ni l'exception de dol n'ont lieu dans ce cas. « Cessat de dolo actio », dit Ulpien en parlant de l'action de dol en présence d'une action de bonne foi (1). « Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem », dit Julien au sujet de l'exception ; « bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt, » dit Paul ; « officio judicis (exceptio doli mali) continetur », dit-il ailleurs (2).

2° Tout ce qui est d'usage commun dans les mœurs et dans la coutume doit être suppléé d'office par le juge en ces sortes d'actions : « Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire (3). »

3° Si le défendeur a lui-même à réclamer du demandeur l'exécution de quelque obligation se rattachant à la même cause, le juge doit en tenir compte et ne prononcer de condamnation contre ce défendeur que compensation faite, sans qu'il soit nécessaire que ce pouvoir de compensation lui soit spécialement donné par la formule ; car, dit Gaius, il est contenu d'office dans sa mission de juger *ex fide bona* (4). Ceci est éminemment convenable aux genres de contrats ou d'affaires qui donnent naissance aux actions de bonne foi : affaires contenant presque toutes des engagements réciproques (*ultro citroque*) entre les parties ; tandis que dans

(1) Dig. 4. 3. *De dol. mal.* 7. § 3. f. Ulp. : « Si (de dolo) non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto ; in ex stipulatu, de dolo actio necessaria est. » — (2) Dig. 30. *De legat.* (I.) 84. § 5. f. Julian. — 18. 5. *De rescind. vend.* 3. f. Paul. — Vatic. J. R. Fragm. § 94. — Dans l'exception de dol sont comprises toutes celles qui, étant fondées sur la bonne foi, peuvent se ramener à une exception de dol : telles sont celles de violence, de pacte, etc. Mais les exceptions tirées d'une autre considération que celle de la bonne foi, par exemple les exceptions *rei judicatæ, litis residuæ, cognitoriæ, procuratoriæ, quod facere possit*, ne sont pas comprises de plein droit dans la formule *bonæ fidei*, et elles ont besoin, par conséquent, d'y être insérées spécialement, ainsi que nous le verrons plus loin. — (3) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — Nous savons de plus que les pactes insérés *in continenti* dans un contrat de bonne foi font corps avec lui, et que l'exécution s'en poursuit par l'action même du contrat (ci-dessus, n° 1580). — (4) Gai. Comm. 4. § 63 : « Judici nullam... compensationis rationem habere... formulæ verbis præcipitur, sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur. »

l'action de droit strict il ne s'agit jamais que d'une obligation unilatérale (1).

4° Enfin les fruits des choses dues, ou les intérêts s'il s'agit de somme d'argent, sont mis, dans ces sortes d'actions, à la charge du débiteur à partir du moment où il a été en demeure, sans nécessité d'aucune interpellation, parce que dès ce moment il a été en faute; et c'est aux actions de bonne foi qu'il faut appliquer entièrement ce que nous avons dit à cet égard (ci-dess., n° 1657). « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur (2). »

1989. Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge ne prononce absolument que sur l'obligation unilatérale du défendeur, et d'après les principes stricts du droit civil qui la concernent. Les faits de dol de la part soit du demandeur, soit du défendeur, ou les autres dettes à opposer en compensation, doivent être l'objet d'actions séparées et spéciales, ou ne peuvent être pris en considération qu'au moyen d'exceptions ou de modifications insérées dans la formule. Quant aux intérêts et aux fruits, il y a des distinctions à faire, et généralement, sauf diverses exceptions, ils ne sont accordés qu'à partir du moment de la *litis contestatio* (3).

---

(1) C'est pour cela que dans ces sortes de contrats et d'affaires les parties ont chacune une action; soit dès le principe, quand les obligations réciproques prennent naissance à l'instant même, comme dans la vente, le louage, la société: soit après coup, lorsque l'obligation ne résulte pour l'une des parties que de faits postérieurs, comme dans le commodat, le dépôt, le gage, le mandat, la gestion d'affaires, la tutelle, etc.; d'où la distinction entre l'action *directa* et l'action *contraria*.—Voilà pourquoi Cicéron dit que dans la plupart des actions de bonne foi se trouvent des *judicia contraria* (ci-dess., p. 560, note 1).—(2) « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur. » (Dig. 22. 1. *De usur.*, 32. § 2. f. Marcian.)—Le fragment 34, tiré d'Ulpien, au même titre, est ainsi conçu: « Usuræ vicem fructuum obtinent; et merito non debent a fructibus separari: et ita *in legatis*, et fideicommissis, et in tutelæ actione, et in cæteris judiciis bonæ fidei servatur. » Ces mots *in legatis* jurent avec le reste et sembleraient indiquer que la même règle s'appliquerait aux actions de droit strict, car la *condictio ex testamento* donnée à raison des legs est de ce nombre. M. Pilette, l'auteur de la théorie sur le *concubinat* dont nous avons parlé (App. II), a fait remarquer avec sagacité que le texte d'Ulpien devait porter : « in legatis *sinendi modo* », derniers termes qui auront été supprimés dans la compilation du Digeste, où tous les legs se confondent. Nous lisons, en effet, dans Gaius, 2, § 280 : « Fideicommissorum usuræ et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum vero usuræ non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Juliano placuisse, in eo legato *quod sinendi modo* relinquitur, idem juris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis obtinere video. » — Il n'en reste pas moins vrai que dans la législation de Justinien les intérêts sont dus, exceptionnellement, pour tous les legs, à partir de la demeure; et cette exception faite aux règles concernant les actions de droit strict est conforme à l'esprit de cette législation, qui transporte tous les avantages des legs aux fidéicommis, et réciproquement (ci-dess., t. II, n° 848). — (3) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 31. pr. f. Paul. — La *condictio indebiti* est au nombre des actions dans lesquelles tous les fruits perçus par le défendeur, même avant la *litis contestatio*, doivent être restitués. Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 65. § 5. f. Paul.; 15. f. Paul. Quelques autres actions de droit strict, qui ont également un caractère restitutoire, sont dans le même cas.

1990. Tout ce qui vient d'être dit laisse en dehors les actions réelles. En effet, le système formulaire, en se substituant aux actions de la loi, a distribué entre les *judicia stricti juris* et les *judicia bonæ fidei* le domaine des actions de la loi *per condictionem* et *per judicis postulationem*, c'est-à-dire la poursuite des obligations. Mais qu'a-t-il fait du domaine de l'action de la loi *sacramenti*, c'est-à-dire des réclamations de droits réels, unique application du *sacramentum* à sa dernière époque? La procédure formulaire, pour cet héritage, qu'elle a recueilli aussi, mais en dernier lieu, a créé une troisième sorte d'action ou de formule, l'action arbitraire (*actio* ou *formula arbitraria*). La filiation historique des idées et des institutions vient, selon moi, jeter sur cette création la plus vive clarté.

1991. En effet, j'ai déjà dit (n[os] 1924 et 1937) combien la procédure formulaire, avec sa condamnation toujours pécuniaire, était peu appropriée aux réclamations de propriété et d'autres droits réels, et comment on parvint à l'y étendre en passant du *sacramentum* à la procédure *per sponsionem*, qui n'en était qu'une imitation; puis enfin de celle-ci à la *formula petitoria*. Or, dans l'action de la loi *sacramenti*, celui qui obtenait du magistrat la possession intérimaire était obligé de donner à son adversaire des répondants pour la restitution de la chose et des fruits en cas de perte du procès (*prædes litis et vindiciarum*, n° 1866). De même, dans la procédure *per sponsionem*, le possesseur défendeur fut obligé de donner une satisdation pour cette même restitution (*stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, n° 1924). Enfin, cette idée expresse de la restitution de la chose et des fruits à faire par le défendeur, si le demandeur était reconnu propriétaire, passa jusque dans la *formula petitoria*, en ce sens que le juge y fut chargé, une fois la propriété du demandeur justifiée à ses yeux, d'ordonner cette restitution, et de ne prononcer de condamnation pécuniaire contre le défendeur que faute par celui-ci de restituer : de telle sorte que, s'il restituait, il devait être absous. Remarquez que dans la procédure *per sponsionem* la *sponsio* n'étant pas sérieuse, mais seulement comminatoire et préjudicielle, la seule conséquence pour le défendeur qui perdait, c'était d'être tenu, lui et son fidéjusseur, par leur promesse de restituer, laquelle, faute d'exécution volontaire, ne pouvait se résoudre qu'en une condamnation pécuniaire. Ce fut cet effet qui fut transporté à peu près dans la *formula petitoria*, autant du moins que la simplification du procédé pouvait le comporter; et cela à l'aide de ces seules expressions, NISI RESTITUAT, mises dans la formule, à la suite de la *condemnatio* : CONDEMNATO NISI RESTITUAT (1), ou à la suite de l'*intentio* : « *Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium Servilii esse, neque is fundus restituatur*, etc. (2), ainsi que nous l'avons déjà expliqué (ci-dess., n° 1937).

(1) GAI. Comm. 4. § 47. — (2) CICÉR. *In Verr.* II. 12.

1992. Telle est la *formula arbitraria*. Elle tire son nom de l'ordre préalable (*jussus* ou *arbitrium*) que le juge donne au défendeur de restituer, ou, pour parler plus généralement, de satisfaire le demandeur dont le droit est reconnu (1). Le caractère distinctif de ces sortes d'actions consiste dans ce *jussus* ou *arbitrium* préalable.

1993. Le juge règle son *arbitrium*, c'est-à-dire sa décision, sur la restitution à faire, ou, plus généralement, sur la satisfaction à donner au demandeur, selon l'équité et la bonne foi (*ex æquo et bono*) (2) : c'est même de là, sans doute, qu'est venu à cet ordre le nom d'*arbitrium*. Si un délai paraît convenable pour faire cette restitution, le juge le détermine (3). — M. de Savigny conclut de ce caractère que toutes les actions arbitraires constituaient des *arbitria* et non des *judicia*, en ce sens que la connaissance en était renvoyée à un ou à plusieurs arbitres, et non à un *judex*.

1994. Il est possible, ce que toutefois j'ai peine à croire en présence des nécessités mêmes de la nature d'affaires dans lesquelles s'emploie la *formula arbitraria*, en présence des pouvoirs de commandement (*imperium*) du magistrat, et de l'usage qu'il en a fait en tant de circonstances pour vaincre les résistances contraires au droit, et pour protéger efficacement les possessions et les propriétés, il est possible que dans le principe le *jussus* du juge n'ait été obligatoire que d'une manière indirecte, c'est-à-dire par la seule crainte de la condamnation. Mais de bonne heure, à coup sûr, il put être exécuté de force, même contre le gré du défendeur : *manu militari*, disent les textes, c'est-à-dire par le ministère des agents de la puissance publique dont disposait le magistrat. Il semble que déjà sous Cicéron il en était ainsi (4). L'opinion n'est pas admissible qui ne voit dans cette expression *manu militari* qu'une interpolation du temps de Justinien. De cette manière le système formulaire, bien que les condamnations y fussent toutes pécuniaires, atteignit ce résultat important, que celui qui réclamait une propriété ou un droit réel quelconque était

---

(1) GAI. Comm. 4. § 163 : « Is cum quo agitur accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. »

(2) Ci-dessous, § 31. *in fine*. — Mais il n'y a que cette partie de l'action dans laquelle le juge ait pouvoir de décider *ex æquo et bono;* car, du reste, l'action arbitraire n'est pas une action de bonne foi; le juge ne peut pas y statuer *ex æquo et bono* sur l'existence du droit; et ce qui le prouve, comme l'a fort bien fait remarquer M. Ducaurroy, c'est que l'exception *doli mali* n'y est pas sous-entendue, puisqu'on la trouve fréquemment opposée à la *rei vindicatio*. (Ci-dessus, tom. II, nos 396 et au § suivant, et DIG. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 13. f. Ulp.) — (3) Ci-dessous, tit. 17, § 3. — (4) « Non necesse erit L. Octavio judici *cogere* P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum, » dit CICÉRON, après avoir rapporté la formule arbitraire de l'action pétitoire dans le passage cité à la page précédente, note 2.

restitué dans la chose même objet de son droit (1). Telle fut la grande utilité des actions arbitraires, ce qui les rendait même indispensables dans la procédure par formules. Toutefois, ce principe de l'exécution forcée du *jussus* préalable n'est pas vrai pour toutes les actions arbitraires sans exception : il s'applique à toutes celles dans lesquelles il s'agit d'une restitution de chose corporelle (2) (V. p. 528, not. 2), et aussi, je pense, d'une exhibition. Mais dans quelques cas particuliers, où la satisfaction était d'une autre nature, l'obéissance au *jussus* restait facultative pour le défendeur, sauf la condamnation au cas où il n'aurait pas obéi (3).

1995. Si le *jussus* reste inexécuté, soit par la résistance, soit par la faute du défendeur, celui-ci doit être condamné. La condamnation est rédigée dans la formule d'une manière *incerta :* « QUANTI EA RES ERIT. » Le montant en est fixé par le juge, quelquefois selon sa propre appréciation ; mais, dans la plupart des cas, d'après le serment déféré au demandeur lui-même sur l'indemnité qui peut lui être due (4). C'est là une punition de la résistance du défendeur. — Si l'exécution du *jussus* n'a lieu que pour le principal, par exemple si la chose est restituée, les fruits et autres accessoires doivent seuls faire l'objet de la condamnation (5). — Enfin, si, de gré ou de force, le *jussus* est entièrement exécuté, de manière à donner pleine satisfaction au demandeur, le défendeur doit être absous (V. n° 2273). C'est par là que le juge termine sa mission.

1996. La formule arbitraire, comme nous venons de le voir par son origine et ses résultats, forme un genre à part, destiné spécialement aux actions *in rem;* tandis que la formule *stricti juris* et celle *bonæ fidei* constituent deux autres genres particulièrement propres aux actions *in personam*. — Cependant aux actions réelles, qui sont toutes arbitraires (6), sont venues, par

(1) DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 9. f. Ulp. : « Ubi enim probavi rem meam esse, *necesse habebit possessor restituere.* » — 68. f. Ulp. : « Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, *manu militari,* officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. »

(2) Voir la note précédente. — (3) Tel est le cas de l'action arbitraire *de eo quod certo loco,* dont nous aurons à parler plus loin. — (4) DIG. 12. 3. *De in litem jurando.* 5. f. Marcian. : « In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur. § 1. Sed judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur; licuit enim et a primo non deferre. § 2. Item etsi juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare. » — DIG. 6. 1. *De rei vind.* 68. f. Ulp. : « Qui restituere jussus, judici non paret... siquidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarium sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit : non pluris quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interfuit condemnandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. » — DIG. 10. 4. *Ad exhibendum.* 3. § 2. f. Ulp. : « Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantitatem taxante. » — (5) Voyez la note 1re de cette page, à la fin. — (6) Ci-dessous, tit. 17. § 2.

exception, se joindre, en la même qualité, deux actions civiles *in personam*, dans lesquelles il y a aussi une restitution ou une exhibition à faire, points éminemment susceptibles de l'application d'un *arbitrium* préalable, et qui d'ailleurs offrent un certain rapport avec le droit de propriété. Ce sont l'action *ad exhibendum*, préliminaire pour arriver à la *rei vindicatio* (1) ; et l'action *finium regundorum* qui, suivant les expressions de Paul, *pro vindicatione rei est* (ci-dess., n° 1962), et dans laquelle le juge peut avoir à donner aux parties le *jussus* ou ordre préalable de faire les restitutions nécessaires, d'abattre des arbres ou des constructions, pour le rétablissement des limites (2). — Il faut y ajouter l'action *de eo quod certo loco*, dont la formule, bien qu'introduite utilement par le préteur, avait une *intentio* civile (*in jus concepta*), mais légèrement modifiée, de manière à en faire une action arbitraire d'une nature toute particulière, sur laquelle nous aurons à revenir (3). — Enfin nous trouvons dans Gaius une formule dans laquelle l'action de dépôt, qui, par sa nature, est une action de bonne foi, est rédigée de manière à recevoir également le caractère arbitraire, par l'adjonction des mots *nisi restituat*, ou *eamque dolo malo redditam non esse*; et il en est de même pour l'action de *commodat* (4).

1997. En somme, voilà donc quelle a été, entre les actions formulaires, la répartition des cas régis autrefois par les actions de la loi :

1° Aux *condictiones certi*, actions éminemment de droit strict, tous les cas de l'ancienne *condictio* et quelques-unes des spécialités de la *manus injectio;*

2° Aux *condictiones incerti*, actions de droit strict, mais avec une formule *incerta*, servant comme de transition vers les actions de bonne foi, une partie des cas de la *judicis postulatio;*

3° Aux actions *bonæ fidei*, tout le surplus des cas de cette dernière action de la loi, notamment ceux où existent des obligations réciproques (*ultro citroque*);

4° Enfin, aux actions arbitraires, toutes les pétitions de droits réels, c'est-à-dire les cas de l'action de la loi *per sacramentum* en son dernier état d'application; plus, à cause de leur caractère restitutoire ou exhibitoire, les deux actions personnelles, *ad exhibendum* et *finium regundorum*, qui jadis appartenaient à la *judicis postulatio*, ou même les actions *depositi* et *commodati*.

C'est ainsi qu'on voit, matériellement pour ainsi dire, la liaison

---

(1) Ci-dessous, § 31. — (2) Dig. 10. 1. *Finium regund*. arg. 2. § 1. f. Ulp.; 4. § 3. Paul.; 8. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 13. 4. *De eo quod cert. loc*. 2. pr. f. Ulp.; 3. f. Gai.; 5. 7 et 10. f. Paul. — Ci-dessous, § 31. — (4) Gai. 4. § 47, tant la formule *in jus*, dans laquelle on est parfaitement autorisé à interpréter l'abréviation N. R. par *nisi restituat*, que la formule *in factum* qui la suit. — Ce qui se trouve confirmé par les textes suiv. du Digeste : 13. 6. *Commodati*. 3. § 3. f. Ulp. — 16. 3. *Depositi*. 1. § 21. f. Ulp. « *Nisi restituat;* » et 22. f. Marcell. « *Si res non restituetur*. »

des institutions successives, leur transformation et leur génération les unes par les autres.

1998. Tout ce que nous venons de dire est exclusivement propre aux actions civiles, avec une formule *in jus concepta*, c'est-à-dire posant une question de droit civil. Mais que décider des actions prétoriennes *in factum*, c'est-à-dire posant seulement une question de fait dans leur *intentio?* Ont-elles été rangées par les préteurs dans l'une ou dans l'autre des trois classes qui précèdent? — Les actions *in factum* ne peuvent pas être *stricti juris;* car ne posant pas une question de droit civil, on ne peut pas dire que le juge y soit renfermé dans les principes rigoureux de ce droit (1). — Par la même raison il n'est pas nécessaire d'y ajouter EX FIDE BONA, pour autoriser le juge à sortir de ces principes, puisqu'il n'y est pas renfermé. En ce sens il est vrai de dire que les actions *in factum* ne sont ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, et qu'elles restent absolument en dehors de cette division. — Mais plusieurs d'entre elles sont arbitraires, parce que l'ordre préalable de restituer, ou de satisfaire le demandeur, peut y être d'une aussi grande utilité que dans les actions de droit civil. Ainsi, toutes les actions prétoriennes *in rem* sont arbitraires : non-seulement celles qui sont conçues *in jus* à l'aide d'une fiction, mais aussi celles qui sont conçues simplement *in factum*. Parmi les actions personnelles *in factum*, sont aussi arbitraires les actions *quod metus causa* et *de dolo malo*, parce que, bien que personnelles, elles tendent également à procurer une restitution (2).

Enfin, les interdits exhibitoires et restitutoires, lorsqu'on n'y employait pas la procédure *per sponsionem*, donnaient lieu également à une formule arbitraire (3). — De telle sorte que si l'on cherche le caractère général qui détermine l'emploi de cette formule, et qui rend, en conséquence, les actions arbitraires, on verra, sauf l'action *de eo quod certo loco* qui est à part, que c'est toujours cette circonstance qu'elles contiennent soit une restitution, soit une exhibition à faire (4).

1999. Mais, puisque les actions *in factum* n'étaient ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, quelle était donc leur nature, lorsqu'elles n'étaient pas arbitraires? Je crois que l'étendue des pouvoirs du juge y dépendait entièrement de la nature du fait posé en question, et de la *condemnatio* indiquée comme devant en être la suite.

En effet, 1° les faits sont plus ou moins complexes. Tantôt la question qui les concerne emporte par elle-même la nécessité d'une

---

(1) GAI. Comm. 4. §§ 45 et 46. — Ci-dessus, nos 1912 et suiv., 1971 et suiv. — (2) DIG. 4. 2. *Quod metus caus.* 14. § 4. f. Ulp. — 4. 3. *De dol. mal.* 18. f. Paul. — (3) GAI. Comm. 4. §§ 141, 163 et 165. — (4) DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 68. fr. Ulp., dans lequel le jurisconsulte, après avoir traité de l'ordre de restituer, ajoute : « Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. »

appréciation, soit morale, soit même juridique : telles sont ces questions : « SI DEPOSUIT », dans l'action de dépôt rédigée *in factum* (1); « SI CONSTITUIT », dans l'action de constitut (2); celle *de dolo malo* posée généralement, et tant d'autres encore (3). Tantôt, au contraire, elle n'exige que la vérification, pour ainsi dire matérielle, d'un acte particulièrement décrit et précisé, comme lorsque le préteur, au lieu de donner généralement l'action de dol, précise le fait spécial qu'il donne à vérifier (ci-dessus, n° 1982); de même dans cet exemple que nous fournit Gaius : « SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE (4) », et dans tous ceux de même nature. Sous ce premier rapport il n'y a donc rien d'absolu à dire des actions rédigées *in factum*. Le juge doit y avoir toute la latitude d'appréciation que comporte la nature du fait posé en question; mais il n'a que celle-là. Les principes rigoureux du droit civil n'ont rien à faire ici; c'est le fait, tel qu'il est entendu et caractérisé par la formule et par le droit prétorien, qui circonscrit le juge en une mission plus ou moins large ou plus ou moins étroite.

2° La *condemnatio* indiquée par la formule *in factum* comme conséquence du fait vérifié peut elle-même donner au juge plus ou moins de latitude. Ainsi, on trouve tantôt une *condemnatio certæ pecuniæ*, tantôt celle-ci : *quanti ea res erit*, ou *quanti damnum datum factumve sit*, et tantôt cette autre : *quantum bonum æquum judici videbitur* (5). Il est évident que, lorsque la

(1) GAI. Comm. 4. § 47. — (2) DIG. 13. 5. *De pecun. const.* 17. f. Paul. et 18. § 1. f. Ulp. — (3) Comme l'action *de sepulcro violato*, violation qui n'est condamnable qu'autant qu'elle a été faite *dolo malo*. DIG. 47. 12. *De sep. viol.* 3. § 1. f. Ulp. — De même l'action *funeraria*, sur laquelle les principes prétoriens étaient tout d'équité, et où le juge devait apprécier si celui qui avait fait les frais funéraires y était personnellement obligé ou non; s'il les avait faits par affection et par piété, ou seulement comme avances; s'il s'était tenu pour la dépense dans les limites convenables, etc. DIG. 11. 7. *De religios.* 14. § 6. f. Ulp. : « Hæc actio quæ *funeraria* dicitur, *ex bono et æquo* oritur. Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide..., etc. » — *Ibid.* § 13 : « Non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget. » Ce qui veut dire que le juge appréciera le fait en s'abandonnant encore plus à l'équité que dans l'action *negotiorum gestorum* : de telle sorte qu'il pourra accorder le remboursement des frais funéraires, même s'ils ont été faits malgré l'opposition des héritiers.

(4) GAI. Comm. 4. § 46. — (5) Nous avons à la fois un exemple de ces trois sortes de condamnations pour une action *in factum*, dans les dispositions pénales de l'édit *De his qui effuderint vel ejecerint* : DIG. 9. 3. 1. pr. 5. §§ 5 et 6. f. Ulp. — De même. DIG. 21. 1. *De ædilit. edict.* 42. f. Ulp. — Et DIG. 47. 12. *De sepulc. viol.* 3. f. Ulp. — La *condemnatio* est encore *certæ pecuniæ* dans l'exemple cité par Gaius, Comm. 4. § 46 : SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATO, » dans l'action *judicati*, qui, sous le système formulaire, est une action *in factum*; dans l'action *de constituta pecunia*, etc. — Elle est *incertæ pecuniæ*, à apprécier *ex æquo et bono*, dans l'action *funeraria*, citée à la note précédente; dans celle donnée contre le juge qui *litem suam fecit* : DIG. 50. 13. *De extraordin. judic.* 6. f. GAI. : « ... In factum actionem et in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit. »

*condemnatio* est d'une somme certaine, le juge, une fois le fait vérifié avec toute la latitude d'appréciation que comporte sa nature, est lié pour le montant de la *condemnatio;* il n'a que deux partis à prendre : ou absoudre, ou condamner en la somme indiquée. Au contraire, dans les autres cas, le montant de la *condemnatio* est remis à son appréciation, soit d'après le dommage causé, soit même uniquement d'après ce qui lui paraîtra équitable.

2000. Mais rien de cela ne signifie que les actions rédigées *in factum* soient *stricti juris* ou *bonæ fidei.* C'est une idée qui ne peut s'adapter complétement à leur nature. Pour ceux qui les considèrent comme des actions éminemment de bonne foi, le problème consisterait à démontrer qu'elles en produisent toujours tous les effets : notamment que les exceptions de dol y sont sous-entendues, de même que celles de compensation. Or, c'est ce que nous ne croyons pas. Le dol y est pris, d'office, en considération par le juge, toutes les fois que le caractère constitutif du fait, ou l'interprétation des principes prétoriens à l'égard de ce fait, le comporte; mais, hors de là, il faut recourir aux exceptions : c'est ce que nous disent positivement les textes (1). Quant aux intérêts ou aux fruits des sommes ou des choses dues, si la condamnation est *quanti ea res erit,* ou surtout *quanti bonum æquum judici videbitur,* le juge doit sans doute les prendre en considération du jour de la demande; mais si elle est *certæ pecuniæ,* cette faculté cesse évidemment. — En somme, il n'y a rien à dire d'absolu sous ce rapport, à l'égard des actions *in factum:* elles varient avec la variété des faits; et nous maintenons notre conclusion : les pouvoirs du juge y sont plus ou moins étendus, selon la nature du fait et de la *condemnatio* posés dans la formule.

2001. Dans les actions arbitraires le défendeur ne devait être condamné que faute par lui de restituer, ou, plus généralement, de donner satisfaction au demandeur. Si donc, sur l'ordre préalable du juge, il donnait cette satisfaction, il devait être absous. — Dans les actions de bonne foi, il devait en être de même si le défendeur, avant la sentence, s'exécutait volontairement, puisque le juge ne devait y condamner que s'il reconnaissait *dare, facere, præstare oportere ex fide bona :* or, une fois la satisfaction donnée, en bonne foi il n'est plus rien dû. —Mais dans les actions de droit strict, il n'en était pas ainsi. Une fois la formule délivrée et l'instance organisée, le défendeur doit être condamné si l'*intentio* est vérifiée (*condemnari oportet*) : par suite de la novation qui s'est opérée, il ne s'agit plus pour lui de son obligation ancienne, mais de cette nouvelle obligation d'être condamné. Il

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta.* 17. f. Paul. : « Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo aut *exceptione*, aut *justa interpretatione.* » — *Ibid.* 31. f. Scævol. : « Quæsitum est... an de constituta pecunia conveniri possit, et an *doli exceptione* uti possit? »

aura beau s'exécuter volontairement envers le demandeur, il n'en devra pas moins être condamné (*quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat*). Telle était la rigueur des principes; et les Proculéiens s'en tenaient à cette rigueur. Mais les Sabiniens professaient, au contraire, qu'il fallait s'en écarter et absoudre, dans tous les cas, le défendeur qui s'était exécuté. C'était ce qu'ils exprimaient en disant que toutes les actions étaient absolutoires : « *Omnia judicia esse absolutoria* (1). » Nous verrons Justinien adopter et sanctionner législativement leur opinion (2).

2002. Les actions *pénales*, nées de délits ou comme de délits, ne sont qualifiées ni *stricti juris*, ni *bonæ fidei*, ni *arbitrariæ*; elles restent à part, avec leur caractère pénal; mais bien certainement elles constituent un *judicium* et non un *arbitrium*, étant déférées à un *judex* et non à un *arbiter*.

*Actions légitimes* (legitima judicia), *ou contenues dans le pouvoir du magistrat* (imperio continentia).

2003. Nous arrivons ici à une distinction des actions qui tient éminemment au privilége de la cité romaine, et qui est propre au système formulaire. La procédure des actions de la loi était exclusivement quiritaire; les pérégrins ne pouvaient y être admis: la ligne de démarcation entre le citoyen et l'étranger était bien tracée. Mais le système formulaire, en se développant, est venu commencer une fusion de procédure, et amener entre eux la communication de bien des points. D'une part, les citoyens ont usé des formules, ils ont usé même des formules rédigées *in factum*, ils ont usé des récupérateurs : toutes institutions originairement destinées aux pérégrins. D'autre part, les pérégrins ont usé des actions *in jus*, à l'aide de fictions; ils ont usé de l'*unus judex* réservé jadis au procès des citoyens entre eux. Cependant, dans cette confusion, une trace de l'antique séparation est restée. Lorsque l'instance formulaire a été organisée avec la réunion de ces trois circonstances : à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, devant l'*unus judex*, citoyen romain, et entre plaideurs également tous citoyens, elle a été, comme par assimilation aux anciennes actions de la loi, qualifiée de légitime (*legitimum judicium*). Lorsque, au contraire, une quelconque de ces trois conditions a manqué, on a dit de l'instance qu'elle est contenue dans le pouvoir, dans l'*imperium* du magistrat, et on l'a nommée *judicium quæ imperio continetur*, ou, selon l'expression romaine, *judicium imperio continens*. Ainsi toutes les instances dans les provinces, ou toutes les instances devant des récupérateurs, même entre citoyens, étaient des *judicia imperio continentia*, comme

(1) GAI. Comm. 4. § 114 : « Nostri præceptores absolvere eum debere existimant : nec interesse cujus generis fuerit judicium. Et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria. » — (2) Ci-dessous, tit. 12. § 2.

aussi toutes celles dans lesquelles soit le juge, soit l'un des plaideurs, était pérégrin (1). On voit que les *legitima judicia* étaient bien loin de former le plus grand nombre.

2004. Cette distinction ne tient pas à la nature du droit poursuivi ni à l'origine de l'action : que ce droit, que cette action dérivent de la loi ou de l'édit, du droit civil ou du droit prétorien, peu importe (2). C'est une distinction essentiellement de territoire et de cité, fondée sur cette triple et antique base : Rome et son rayon milliaire, l'*unus judex*, la qualité de citoyen chez tous.

2005. Les *legitima judicia*, bien qu'ils ne constituassent que des instances formulaires, avaient été, comme par souvenir, assimilés pour certains points aux anciennes actions de la loi, dont ils avaient recueilli quelques principes. — Ainsi, quant à la durée, le *legitimum judicium*, de même que l'action de la loi dans son origine, n'avait pas de limites. Une fois organisées et le juge donné aux parties, ces instances vivaient jusqu'à ce que le juge eût rendu sa sentence, n'importe dans quel temps. Ce ne fut que la loi JULIA *judiciaria* qui leur assigna pour être jugées le terme de dix-huit mois, passé lequel elles expiraient (3). Au contraire, le *judicium imperio continens* n'avait pas d'autre durée que celle du pouvoir du magistrat de qui il émanait : *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit.* » C'est même de là qu'il tire son nom (4). De telle sorte que, lorsque le magistrat vient à mourir ou quitte ses fonctions pour une cause quelconque, toutes les instances de cette nature qu'il a organisées s'évanouissent à l'instant, et tout est à recommencer pour les parties. Il en était ainsi dans les provinces, à chaque changement de gouverneur, pour toutes les instances organisées par lui (5). — Quant aux effets, les *legitima judicia* furent les seuls qui conservèrent ce principe des actions de la loi, que l'action une fois exercée est épuisée de plein droit, et que le demandeur ne peut plus agir de nouveau pour le même objet : encore ne conservèrent-ils pas cet effet dans tous les cas, mais seulement dans quelques-uns (ci-dessus, n° 1842). Au contraire, les *judicia imperio continentia* n'éteignaient jamais le droit qu'ils avaient pour but de poursuivre, et n'enlevaient par conséquent pas au demandeur la faculté d'agir de nouveau pour le même objet, sauf le secours des exceptions (6). C'est là l'origine de l'expression qui a passé dans le droit moderne : *exception de la chose jugée*. Cette différence tient à des principes qui trouveront

---

(1) GAI. Comm. 4. §§ 103 et suiv. — (2) GAI. Comm. 4. § 109. — (3) *Ibid.* § 104 : « Legitima judicia..., lege JULIA judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur a lege JULIA litem anno et sex mensibus mori. » — (4) *Ibid.* § 105. — (5) Aussi les plaideurs s'y pressaient-ils, dès le commencement de chaque année de magistrature, et prenaient-ils rang pour obtenir à leur tour les formules d'actions : « Quia in ordinem dicebantur causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium » (SERVIUS, *Ad Æneid.*, II. vers. 102. — SIDON. APOLLIN. IV. 6. *in fine*). — (6) GAI. Comm. 4. §§ 10[illegible] 107 et 108.

plus tard leur explication ; mais on sent combien elle était indispensable à l'égard des *judicia imperio continentia*, qu'un accident, tel que la mort du magistrat ou la cessation de ses fonctions pour une cause quelconque, pouvait faire évanouir inopinément sans qu'il y eût aucune faute de la part des parties. — Nous voyons par les *Fragments du Vatican*, § 47, que les *legitima judicia* étaient les seuls dans lesquels l'*adjudicatio* pût établir des droits de servitude, et probablement aussi le *dominium ex jure Quiritium* (t. 2, nos 319 et 485). Nous trouvons encore les *legitima judicia* mis, par Ulpien, sur la même ligne que les actions de la loi en quelques autres points (1), et probablement en était-il ainsi dans plusieurs détails qui nous sont restés inconnus.

2006. Telles sont, parmi les divisions des actions, celles qui offrent le plus d'importance à étudier dans le système de la procédure formulaire. Les autres se reproduiront d'une manière suffisamment claire dans les Instituts de Justinien.

### *Interdits* (interdicta).

2007. Le pouvoir du préteur de commander, d'émettre des ordres ou des défenses destinés à servir de règles à certains cas, ou, en propres termes, de rendre des édits qui créaient une sorte particulière de droit, un droit prétorien, ce pouvoir s'est manifesté de deux manières distinctes : soit d'une manière générale, par la publication de pareils ordres en forme de règlement général, rendu à l'avance et pour tous; soit d'une manière particulière, par l'émission d'un ordre ou d'une défense dans telle affaire spéciale et entre les parties intéressées seulement. Il est probable même que c'est par cette intervention plus restreinte, par ces ordres ou règlements particuliers, que le pouvoir prétorien a débuté, et qu'il a passé ensuite aux règlements généraux. Dans le premier cas, le règlement du préteur se nomme un édit (*edictum*); dans le second, un interdit (*interdictum*, comme qui dirait *inter duos edictum*). L'un et l'autre créent et constituent un droit prétorien : l'édit, un droit général et pour tous ; l'interdit, un droit spécial, seulement pour la cause dans laquelle il a été donné.

2008. L'usage des interdits a pris naissance dans des matières qui n'étaient pas réglées par des lois générales, et qui cependant par leur nature réclamaient plus immédiatement et plus directement la surveillance, l'intervention de l'autorité, l'emploi de l'*imperium* confié au magistrat. Telles sont, avant tout, les matières de droit public, divin ou religieux, comme la protection des temples, des tombeaux, ou de l'usage commun des fleuves et des voies publiques. Viennent ensuite quelques matières de droit privé, et, parmi elles, principalement les contestations sur

(1) Ulp. Regul. XI. *De tutel.* §§ 24 et 27.

la possession, mélange de fait et de droit, que la loi civile n'avait pas réglementé elle-même, et qui cependant, par les querelles, par les voies de fait dont elle était l'occasion, appelait impérieusement l'intervention de l'autorité publique.

2009. L'emploi des interdits, ou édits particuliers, édits rendus, dans chaque cause, entre les parties, une fois introduit, s'est conservé même après que les lacunes premières ont été remplies, ou auraient pu l'être facilement par les progrès du droit civil et du droit prétorien général. En effet, à mesure que la publication, par chaque préteur, d'un édit général et annuel est devenue chose régulière et constante, et que la rédaction de cet édit a reçu tout son développement, il s'est produit ce fait remarquable : que l'édit général a spécifié et précisé à l'avance les cas dans lesquels le préteur donnerait un interdit; mais que l'usage de venir, dans chaque cause de cette nature, demander et recevoir du magistrat l'interdit promis, s'est toujours maintenu; sans doute comme moyen de continuer à faire intervenir chaque fois l'autorité prétorienne dans ces sortes d'affaires qui la réclamaient plus spécialement.

2010. En cas pareil, celui donc qui a besoin de recourir à ce genre de procédure appelle son adversaire *in jus*, et demande l'interdit auquel il prétend avoir droit. Le préteur, après avoir examiné non pas si les faits prétendus sont vrais ou faux, mais si dans l'hypothèse de ces faits il y a lieu ou non à l'interdit, l'accorde ou le refuse. C'est-à-dire, s'il l'accorde, qu'il délivre aux parties la formule de commandement ou de défense, qui fera la loi de la cause. Là-dessus, l'affaire n'est pas terminée; mais, si les parties persistent dans leur mésaccord, il faut recourir à une procédure judiciaire, par conséquent à la délivrance d'une action avec renvoi devant un juge chargé de vérifier les faits et de prononcer. L'interdit est comme la loi particulière de la cause, qui sert de base à cette action. Le demandeur qui a obtenu l'interdit peut demander aussitôt après, même avant de sortir de la présence du préteur, l'action qui doit en être la suite; ou bien il peut attendre et ne la demander qu'après coup. La procédure de l'instance judiciaire a lieu, selon les cas, tantôt *per formulam arbitrariam*, devant un arbitre; tantôt *per sponsionem*, devant un juge ou des récupérateurs (1).

Ces notions générales sur la nature des interdits nous suffiront pour le moment, la matière devant être, plus loin, traitée à part et dans ses détails.

*Procédure extraordinaire* (extraordinariæ cognitiones). — *Restitutions en entier* (in integrum restitutiones). — *Envois en possession* (missiones in possessionem).

2011. Lorsque le magistrat, sans observation des règles de la procédure légale, statuait lui-même sur une affaire et la décidait

(1) Voir sur toute cette matière Gaius, Comm. 4. § 138 et suiv., et ci-dessous, à la fin du titre 15.

par sa propre autorité, soit en matière civile, soit en matière criminelle, on donnait à ce procédé le nom de *extraordinaria cognitio, extra ordinem cognoscere.*

2012. Cette forme, la plus simple, et certainement la moins savamment ordonnée, de vider une contestation, a son principe jusque dans le régime des actions de la loi, et nous la trouvons même légalement organisée dans l'une de ces actions, dans la *manus injectio* (ci-dessus, n°s 1887 et 1899). Mais c'est surtout sous le système formulaire qu'elle s'est développée et qu'elle a pris sa dénomination spéciale. Dans ces cas, il n'y avait aucune dation ni de juge, ni de formule, par conséquent aucune de ces nuances qui tenaient à la rédaction formulaire des actions (1) : c'était le magistrat qui connaissait et terminait lui-même le différend (*ipse cognoscebat*).

2013. Les cas de *cognitiones extraordinariæ* devinrent de plus en plus nombreux et variés, à tel point, dit Callistrate, qu'il est difficile de les diviser par genres, si ce n'est d'une manière sommaire et générale; et, dans la division qu'il en fait, il comprend des matières administratives, civiles ou criminelles (2).

2014. En nous en tenant aux matières civiles, nous pouvons distinguer quatre situations différentes dans lesquelles le magistrat intervient seul et termine l'affaire lui-même :

1° Les cas où la *juris-dictio,* c'est-à-dire la déclaration du droit, suffit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un *judicium*: comme lorsqu'il ne s'agit que d'actes de juridiction volontaire et gracieuse : par exemple dans toutes les diverses applications de l'*in jure cessio;* ou bien lorsque les faits sont avoués devant lui, et qu'il ne reste plus qu'à déclarer le droit; ou encore lorsqu'il décide qu'il n'y a pas lieu de donner soit l'action, soit l'interdit.

2° Les cas dont la connaissance extraordinaire lui est formellement attribuée par des dispositions législatives spéciales. Nous en avons un exemple saillant dans les fidéicommis (tom. II, n° 952); de même, selon ce que dit Tacite, dans les poursuites contre les publicains (3), et dans plusieurs autres encore.

3° Les cas où il prend ce moyen pour suppléer aux lacunes du droit civil, ou pour obvier à la rigueur de ses principes. Notamment ceux dans lesquels il ne peut pas y avoir de procès véritable:

---

(1) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 47. § 1. f. Paul. : « Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis *ubi conceptio formularum non observatur,* hæc subtilitas supervacua est. » — (2) Dig. 50. 13. *De extraordin. cognit.* 5. pr. f. Callistrat. : « Cognitionum numerus, cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest : aut enim de *honoribus* sive muneribus gerendis agitatur; aut de *re pecuniaria* disceptatur; aut de *existimatione* alicujus cognoscitur; aut de *capitali crimine* quæritur. » — (3) Tacit. *Annal.* XII. 51 : « Edixit princeps, ut... Romæ prætor, per provincias qui pro prætore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent. »

soit à cause des personnes, par exemple s'il s'agit de plaintes d'un esclave contre son maître, ou d'un fils contre son chef de famille (1); soit à cause de la matière qui ne donne lieu à aucune action ni civile ni prétorienne, par exemple s'il s'agit de demandes d'aliments entre ascendants, descendants, patrons et affranchis (2), ou de demandes d'honoraires ou de salaires (V. n° 1575) de professeurs des arts libéraux, d'avocats, de nourrices, etc. (3).

4° Enfin les cas dans lesquels il s'agit de l'exercice de son *imperium*, d'ordres à donner et à faire exécuter, au besoin, par la force publique : soit indépendamment de toute instance devant un *judex*, soit avant ou pendant une pareille instance, soit après, pour procurer l'exécution forcée de la sentence du juge. — En partie dans cette catégorie et en partie dans celle qui précède, se rangent les diverses stipulations prétoriennes, dont nous avons déjà traité (ci-dess., n°s 1304 et suiv., 1318 et suiv.); les restitutions en entier (*in integrum restitutiones*), et les différents envois en possession (*missiones in possessionem*), qui demandent quelques explications particulières.

2015. Lorsque, selon la rigueur du droit civil, par suite d'un contrat, d'un acte judiciaire, ou de tout autre fait accompli, une personne avait perdu un droit quelconque, par exemple un droit de propriété ou de créance, d'action, d'exception, ou de toute autre nature, ou bien lorsqu'elle se trouvait obligée, liée envers une autre, il lui restait encore, en certains cas, un recours extraordinaire : elle pouvait obtenir du préteur, pour certaines considérations d'équité, son rétablissement, comme si de rien n'était, dans les droits perdus, ou, plus généralement, dans la position qu'elle avait auparavant. C'est là ce qu'on nomme une *restitutio in integrum*, ou, comme dit Paul : *rei vel causæ redintegratio* (4).

2016. La restitution consistait, en somme, à considérer comme non avenus les actes qui avaient eu lieu et les effets qu'ils avaient produits. Le préteur la prononçait de sa propre autorité, *extra ordinem*, et après avoir pris connaissance des causes qui pouvaient la motiver (*causa cognita*) (5). Mais il n'accordait ce recours extraordinaire qu'à défaut d'action ou autre moyen efficace de droit commun (6), et lorsqu'il y avait des moyens d'équité et une

---

(1) Nous en avons un exemple, tom. II, n° 90, lorsque le magistrat force le maître à vendre l'esclave qu'il a maltraité. — (2) DIG. 25. 3. *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus, vel patronis, vel libertis*, 5. f. Ulp. — (3) DIG. 50. 13. *De extraordin. cognit.* 1. f. Ulp. — (4) PAUL. *Sent.* 1. 7. *De integr. restitutione.* — DIG. 4. 1. *De in integr. restitutione*, et les titres suivants. — Cod. 2. 53. *De temporibus in integrum restitutionis.* — (5) DIG. 4. 1. *De in integr. restit.* 3. f. Modest. : « Omnes in integrum restitutiones causa cognita a prætore promittuntur : scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit. » — PAUL. *Sent.* 1. 7. § 3 : « Integri restitutio... causa cognita decernitur. » — (6) DIG. 4. 4. *De minor.* 16. pr. f. Ulp. : « In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte

lésion suffisante pour justifier une telle mesure (1). Le délai pour demander la restitution était fort court : un an utile, d'après les termes mêmes de l'édit, à partir du moment où l'on a été en mesure de la demander (*intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit*), par exemple par la cessation de la violence, par la découverte du dol, par le retour d'absence, par l'âge de majorité arrivé (2). Justinien a porté ce délai à quatre ans continus (3).

2017. Les causes de restitution demandent une distinction entre les mineurs et les majeurs de vingt-cinq ans. — Pour les mineurs de vingt-cinq ans, bien que les actes qu'ils font, même sans l'assistance d'aucun curateur, soient valables selon le droit civil, la seule minorité peut être une cause de restitution, s'ils ont été lésés. — Pour les majeurs de vingt-cinq ans, les causes de restitution sont notamment : la violence, le dol, la *minima capitis deminutio*, suivant ce que nous avons expliqué ci-dessus (n° 1153), l'erreur légitime et l'absence nécessaire, ou, ajoute plus généralement encore le préteur : « *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur.* » — Des fragments d'Ulpien, au Digeste, nous ont conservé le texte de l'édit sur ces diverses restitutions, tant celles pour cause de minorité, que celles pour cause de *minima capitis deminutio*, laquelle suit quelques règles exceptionnelles, en ce sens que le délai pour la demander n'est pas limité, et que le préteur l'accorde sans *causa cognita*, c'est-à-dire sans autre motif que celui de la diminution de tête (n° 1153); et enfin sur la restitution motivée par les autres causes en faveur des majeurs de vingt-cinq ans (4).

2018. Nous voyons, par Gaius, qu'entre autres pertes de droits ou préjudices contre lesquels on pouvait se faire restituer, figuraient la perte d'une exception qu'on aurait négligé de faire valoir, la délivrance d'une formule inique (5); et même, selon des constitutions impériales, la chose jugée (6).

2019. Il ne faut pas confondre avec la *restitutio in integrum*

---

alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. » — Rapprochez Dig. 4. 1. 7. § 1. f. Marcell.

(1) Dig. 4. 1. *De integr. rest.* 4. f. Callistr. : « Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem, vel summam, si majori rei vel summæ præjudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat. » — (2) Dig. 4. 4. *De minorib.* 19. f. Ulp. — 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1, et 28. §§ 3 et 4. f. Ulp. — (3) Cod. 2. 53. *De temp. in integr. restit.* 7. const. Justinian. — (4) Dig. 4. 4. *De minoribus viginti quinque annis.* — 4. 5. *De capite minutis.* — 4. 6. *Ex quibus causis majores in integrum restituuntur.* — Le texte de l'édit se trouve dans les lois. 1. § 1. 2. § 1, et 1. § 1 de ces divers tit. f. Ulp. — Paul. *Sent.* 1. 7. § 2 : « Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis quæ metum, dolum, et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem ætatis gesta esse dicuntur. » — Conférez Dig. 4. 1. 1. f. Ulp. et 2. f. Paul. — Dig. 4. 6. 1. § 1. *in fin.* f. Ulp. — (5) Gai. Comm. 4. §§ 57 et 125. — (6) Dig. 4. 4. *De minor.* 7. § 4; 9. pr. et 18. §§ 2 et 3. f. Ulp.

proprement dite, prononcée par le préteur lui-même *extra ordinem*, un moyen qu'il employait quelquefois pour obtenir un résultat analogue par les voies ordinaires : savoir, la délivrance d'une action, par exemple les actions *quod metus causa* ou *de dolo malo*, pour faire, par instance devant un *judex*, réparer le préjudice occasionné, ou rétablir les droits perdus; ou bien encore l'octroi d'une exception, comme les exceptions de crainte ou de dol, pour faire repousser la demande inique. Quoique ces moyens concourent au même but que la véritable *restitutio in integrum*, et dérivent souvent des mêmes causes, ils s'en distinguent cependant d'une manière sensible (1).

2020. Le pouvoir du magistrat de prendre des mesures d'exécution (*imperium*) et de disposer de la force publique pour leur donner effet était plus marqué encore dans les envois en possession (*in possessionem missiones*) qu'il pouvait accorder. — C'était une mesure au moyen de laquelle le préteur parvenait soit à donner à une personne une sûreté pour la conservation de droits éventuels dignes d'être protégés en attendant leur réalisation (*rei servandæ causa*), soit, en certains cas, à punir ou à briser la résistance opposée à ses décrets ou au cours de la justice (*contumaciæ coercendæ causa*). — Cette mesure consistait à envoyer la partie intéressée en possession des biens qui étaient l'objet du droit éventuel ou de la résistance, ou qui pouvaient servir de garantie.

2021. La *missio in possessionem* avait lieu le plus souvent sur une universalité de biens; quelquefois cependant sur des choses particulières (*in singulas res*). — Les causes de ces envois étaient variées. Nous en trouvons qui ont pour but de garantir des droits de créance, des droits d'hérédité, des droits de legs ou de fidéicommis.

*Des droits de créance*, par exemple lorsque les créanciers sont envoyés en possession des biens héréditaires de leur débiteur dont la succession est vacante ou trop longtemps incertaine (2); — ou en possession des biens du débiteur qui se cache frauduleusement (*qui latitat*) et qui n'est défendu par personne, de telle sorte que l'*in jus vocatio* ne peut avoir lieu; — ou de celui qui, après avoir donné des fidéjusseurs pour répondre qu'il se présentera devant le magistrat, ne s'y présente pas et n'y est défendu par personne, de telle sorte que l'organisation de l'instance, la délivrance de la

---

(1) Cette distinction est nettement établie, DIG. 4. 1. 7. § 1. f. Marcell., au sujet de l'action *de dolo* et de la restitution proprement dite : elle l'est encore, DIG. 4. 2. 21. § 6. f. Paul., au sujet de l'action *quod metus causa* : comme aussi, DIG. 4. 4. *De minorib*. 13. § 1. f. Ulp.; quoique, en d'autres textes, et à parler généralement, le nom de *in integrum restitutio* soit étendu quelquefois à l'un et à l'autre procédé : par exemple, dans PAUL. *Sent*. 1. 7. § 4. — (2) COD. 7. 72. *De bonis auct. jud. possid*. 5. const. Diocl. et Maxim. — DIG. 42. 4. *Quib. ex caus. in possess. eatur*. 8. f. Ulp. et 9. f. Paul.

formule et la *litis contestatio* ne peuvent s'opérer (1). Dans ces deux derniers cas, l'envoi en possession est un moyen, tout à la fois, de donner garantie aux créanciers et de faire cesser le défaut du débiteur, la procédure par défaut, pour les opérations *in jure* dont nous venons de parler, étant inconnue dans le système formulaire (ci-dessus, n° 1162).

*Des droits d'hérédité*, par exemple dans l'envoi en possession des biens héréditaires, qui est accordé *ventris nomine*, en faveur de l'enfant conçu, mais non encore né; ou *ex Carboniano edicto*, à l'impubère successible dont l'état est contesté (2).

*Des droits de legs* ou *de fidéicommis*, dans l'envoi en possession des biens héréditaires *legatorum seu fideicommissorum servandorum causa* (3), dont nous avons déjà traité (t. II, n° 990, et ci-dessus, n° 1320).

Enfin joignez-y l'envoi en possession pour cause de dommage imminent (*damni infecti*) (4) : envoi qui n'a lieu que sur l'édifice menaçant ruine, c'est-à-dire sur un objet particulier (*in singulam rem*), et dont nous avons également déjà parlé (ci-dessus, n° 1319) (5).

2022. La *missio in possessionem* ne fait pas de l'envoyé un possesseur de droit, ne lui attribue pas la possession civile. Les jurisconsultes romains distinguent soigneusement, à ce sujet, le fait (*in possessionem ire*) du droit (*possidere*). La *missio in possessionem* n'attribue à l'envoyé que le fait, la garde et la surveillance des biens (*custodiam et observationem*). Elle constitue à son profit une sorte de gage prétorien (*pignus prætorium*) (6), protégé par un interdit spécial ou par une action *in factum* (7). Ce n'est que par des mesures subséquentes, et selon la diversité des cas, que la *missio in possessionem* peut amener, soit une véritable possession civile, comme dans le cas de *damnum infectum*, en vertu d'un second décret (ci-dessus, n° 1319); soit la faculté de faire vendre les biens.

(1) Dig. 42. 4. 7. §§ 1 et suiv. f. Ulp. — *Ibid*. 2. f. Ulp.; 5. f. Ulp.; 6. § 2. f. Paul. — (2) Dig. 37. 9. *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*. — 37. 10. *De Carboniano edicto*. — (3) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat*. — (4) Dig. 39. 2. *De damno infecto*. — (5) Sur les diverses causes d'envoi en possession, outre les titres particuliers cités dans les notes précédentes; voir, en général, les titres suivants : Dig. 42. 4. *Quibus ex causis in possessionem eatur*. 42. 5. *De rebus in auctoritate judicis possidendis*. — Et Cod. 7. 72. *De bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis*. — (6) Dig. 13. 7. *De pignerat. act*. 26. f. Ulp. : « Non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, » etc. — (7) Dig. 43. 4. *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. — En cas de résistance, l'envoyé pouvait être mis en possession par le secours de la force publique. Dig. 36. 4. *Ut in poss. legat*. 5. § 27. f. Ulp. : « Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum, aut per viatorem, aut per officialem præfecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem. » — Voir aussi Dig. 43. 4. *Ne vis fiat*. 3. f. Ulp.

2023. Ces *missiones in possessionem*, suivies ultérieurement de la vente des biens, nous conduisent naturellement à l'examen des voies d'exécution forcée sous le régime formulaire; car elles y ont tenu la principale place.

*Voies d'exécution forcée : Contrainte par corps* (duci jubere); — *Vente en masse des biens* (missio in possessionem, proscriptio et emptio bonorum); — *Vente en masse, pour cause publique* (bonorum sectio : sectores); — *Cession de biens* (bonorum cessio; bonis cedere); — *Vente en détail des biens* (bonorum distractio); — *Prise de gage prétorien* (pignoris capio; pignus judicati causa captum; pignus prætorium); — *Action de la chose jugée* (actio judicati).

2024. L'exécution forcée de la sentence a cela de particulier, sous le système formulaire, que la condamnation y étant toujours pécuniaire, il s'y agit toujours de contraindre le débiteur au payement d'une somme d'argent déterminée. Cela a lieu même pour les condamnations intervenues sur des actions réelles : sauf ce que nous avons dit du *jussus* préalable des actions arbitraires, ordre qui, au besoin, dans la plupart des cas, s'exécute, lorsqu'il y a possibilité, *manu militari*, c'est-à-dire par l'emploi de la force publique dont dispose le préteur (ci-dessus, n° 1994). Mais quant à la sentence elle-même, c'est toujours le payement d'une somme d'argent qu'elle a pour résultat et auquel il faut contraindre le débiteur condamné.

2025. Le moyen d'exécution, sous le système des actions de la loi, à part l'hypothèse des biens qui auraient été spécialement engagés *per æs et libram* pour la sûreté des obligations, était la *manus injectio*, avec toutes ses conséquences, contre la personne du débiteur; et, seulement dans quelques cas rares, liés au droit religieux ou au droit public, la *pignoris capio*, contre ses biens (ci-dessus, n°s 1883 et 1893). Nous ne possédons pas d'indication précise sur l'abolition de ces deux actions de la loi; mais nous avons des raisons de croire qu'elles survécurent même à la loi ÆBUTIA, et ne cessèrent d'être en vigueur que par suite des dispositions des lois JULIÆ (1). Il s'agit de voir comment elles furent modifiées ou transformées par le système formulaire, et quelles furent les institutions qui se substituèrent à leur place.

2026. Le délai de trente jours, ou *dies justi*, *legitimum judicati tempus*, accordé par la loi des Douze Tables au débiteur condamné (*judicatus*) ou ayant avoué *in jure* la dette d'argent (*confessus*), comme une sorte d'armistice, pour qu'il eût à s'exécuter volontairement : ce délai s'est toujours maintenu. Cependant, il pouvait, selon les circonstances, et notamment pour cause d'urgence, être abrégé par le magistrat (2), ou, au contraire,

(1) GAI. Comm. 4. § 25, conféré avec les §§ 30 et 31. — (2) DIG. 42. 1. *De re judicat.* 2. f. Ulp. : « Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat; sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro causæ qualitate et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia, » etc.

prorogé, à ce qu'il paraît, jusqu'au double (1). Pendant ce délai aucune contrainte, ni sur la personne, ni sur les biens du débiteur, ne pouvait être exercée. Le délai expiré, les voies d'exécution forcée étaient ouvertes (ci-dess., n° 1162).

2027. Le droit du créancier contre la personne du débiteur, exercé jadis au moyen de la *manus injectio*, s'est conservé sous l'empire et existait encore même sous Justinien (2) : non pas dans la même forme, ni avec les effets rigoureux de l'*addictio;* mais comme un droit de prise et d'asservissement contre le débiteur condamné, pour le contraindre à s'exécuter. Les formalités de la *manus injectio* n'avaient plus lieu; mais le créancier, après le délai légal, obtenait du préteur prononçant *extra ordinem* un *duci jubere*, c'est-à-dire un ordre qui l'autorisait à emmener son débiteur et à le détenir chez soi, travaillant à son service, jusqu'à l'acquittement de la dette, sans que ce débiteur perdît pour cela son ingénuité, qu'il devînt esclave, pas plus de fait que de droit; et sans que les enfants pussent être contraints à servir aussi pour la dette du père (3). Quoiqu'il ait été défendu, plus tard, par Zénon et par Justinien, comme crime de lèse-majesté, d'établir des prisons privées (*privata carcera*) (4), cependant cette con-

(1) Cod. Théodos. 4. 19. *De usur. rei judic.* const. unic. Grat. Valent. et Theod. : « Qui post judicii finem, exceptis *duobus mensibus*, quibus per leges solutionem nonnunquam est *concessa dilatio*... » etc. — Gai. (Comm. 3. § 78) indique cette prorogation comme autorisée par l'édit : « Item judicatorum, post tempus quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur. » — (2) On peut suivre la trace de cette institution continuant toujours à être appliquée, malgré ses modifications, dans les sources suivantes : Plutarque. *Lucullus*. 20. — Cicér. *Pro Flacco*. 20. 21. — Lex *Galliæ Cisalpinæ*, qui répète plusieurs fois, chap. 21 et 22, en parlant du *judicatus* ou du *confessus* qui ne s'exécute pas : « Prætor... eosque duci, bona eorum possideri, proscribique, venireque jubeto, » « duci jubeto. » — Diodore, 1. 79, qui nous apprend que l'Égypte jouissait de ce privilége, que la contrainte par corps pour dettes ne pouvait y avoir lieu. — Sénèq. *De benef*. III. 8. — Aul.-Gell. *Noct. attic*. XX. 1, qui dit, en parlant de son époque : « Addici namque nunc et vinciri multos videmus » (tom. I, *Hist.*, p. 102, note 3). — Paul. *Sent*. 5. 26. §§ 1 et 2 : « Hac lege excipiuntur judicati etiam et confessi; et qui ideo in carcerem duci jubentur quod jus dicenti non obtemperaverint. » — Gai. Comm. 3. § 199 : « Si quis liberorum nostrorum... sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit. » — Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj*. 23. pr. f. Ulp. : « Fieri enim poterat, ut quis in vinculis præsens esset vel in publica, vel in privata vincula ductus : nam et eum qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu adquirere constat. » — Dig. 42. 1. *De re judic*. 34. f. Licinn. Rufin. : « Si victum vel stratum inferri quis judicato non patietur, utilis in eum pœnalis actio danda est, vel, ut quidam putant, injuriarum cum eo agi poterit. » — Cod. 7. 71. *Qui bon. ced*. const. 1, dans laquelle Alexandre Sévère présente encore comme un des avantages de la cession des biens, d'empêcher « *ne judicati detrahantur in carcerem*. » — Enfin, Justinien, qui, dans le même titre de son Code où se trouve le texte précédent, dit encore, en parlant toujours de la cession des biens, qu'elle a lieu « *salva videlicet existimatione, et omni corporali cruciatu semoto* » (const. 8). — (3) Cod. 4. 10. *De oblig. et act*. 12. const. Diocl. et Maxim. : « Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur. » — (4) Cod. 9. 5. *De privat. carcer*. 1. const. Zeno. — Cod. 1. 4. *De episc. aud*. 23. const. Justinian.

trainte par corps pour dettes ne se subissait pas, même en ces derniers temps, en une simple détention dans une prison publique; il y avait toujours une sorte d'asservissement privé du débiteur, comme travailleur au profit du créancier.

2028. Mais le moyen d'exécution véritablement propre au système formulaire, et substitué par le droit prétorien à l'ancienne *manus injectio*, fut la *missio in possessionem* du créancier, ou des créanciers, sur l'universalité des biens du débiteur. On se fera une idée assez exacte de cette voie de contrainte, en disant qu'elle est une imitation presque fidèle de la *manus injectio*, avec cette différence qu'au lieu de la personne, c'est l'universalité des biens du débiteur qui en fait l'objet. La personnalité juridique, c'est-à-dire l'ensemble de tous les droits actifs ou passifs qu'avait le débiteur, a pris la place de la personnalité physique : on applique à l'une ce qui, dans l'action de la loi, s'appliquait à l'autre (ci-dess., n°s 1161 et suiv.).

Après l'ancien délai, l'ancien armistice légal de trente jours, le préteur rend, *extra ordinem*, un décret par lequel il ordonne, comme jadis, et ainsi que nous venons de le dire, que le débiteur soit emmené (*duci jubere*); et, en outre, que l'universalité de ses biens soit possédée par les créanciers (*bona possideri*), annoncée publiquement, par affiches écrites, comme devant être vendue (*proscribique*), et enfin vendue (*venireque*). — A partir de ce décret, de nouveaux délais, dont le total recompose le chiffre de *soixante jours*, le même encore que celui des Douze Tables, sont employés à faire l'annonce par affiche de la vente future (*proscriptio*), la nomination d'un syndic (*magister*), et la publication des conditions de la vente (*lex bonorum vendendorum*) (ci-dess., n° 1167). — Puis a lieu la vente de l'universalité des biens (*bonorum emptio*), ou plutôt de la personnalité juridique du débiteur, comme avait lieu jadis celle de sa personne physique vendue *peregre, trans Tiberim*. L'addiction de cette universalité est faite à celui qui offre de payer aux créanciers le plus fort dividende. Ce ne sont pas les biens isolément, c'est l'universalité, l'ensemble des droits actifs et passifs, en un mot la personne juridique du débiteur, que cet acquéreur assume sur lui : il est son successeur universel, propriétaire, créancier et débiteur en son lieu et place, sauf le bénéfice de la réduction des créances selon la loi de la vente. En conséquence, le débiteur est dépouillé de la personne juridique qu'il avait auparavant quant à tous les actes d'intérêt pécuniaire qui ont précédé cette *venditio*, du moins suivant le droit prétorien, et il commence désormais, par rapport aux biens, une personne nouvelle. Il est de plus noté d'infamie; son *existimatio* est détruite, et il encourt toutes les dégradations et incapacités de droit attachées à cet état infamant. Voilà pourquoi on a pu dire, surtout dans le style littéraire, que de pareilles causes sont des causes capitales; mais nous savons qu'en droit, et dans le sens des

jurisconsultes, il n'y avait pas de *capitis deminutio*, ni la grande, ni la moyenne, ni la petite (ci-dess., n° 1170). — C'est là le genre de succession universelle dont nous avons déjà parlé avec quelques détails auxquels il nous suffit de renvoyer (ci-dessus, n°s 1161 et suiv.). — On voit qu'il faut y distinguer cette gradation dans les opérations qui ont lieu : *missio in possessionem*, *proscriptio*, et enfin *emptio bonorum;* série d'actes que la loi de la Gaule cisalpine nous indique en ces termes : « Prætor... eosque duci, bona eorum possideri, proscribive, venireque jubeto (1). »

2029. Il ne faut pas confondre avec l'*emptio bonorum* la *sectio bonorum*, qui est plus ancienne encore, et qui appartient, non pas, comme la précédente, au droit prétorien seulement, mais au droit civil lui-même. Les notions qui nous sont fournies par Gaius ne nous permettent plus de faire cette confusion, dans laquelle sont tombés la plupart des auteurs antérieurs à notre époque. La *sectio bonorum* s'applique à l'universalité des biens de celui qui, sur une accusation publique (*per publicum judicium*), a été criminellement condamné (*damnatus et proscriptus*), d'où notre nom de *proscrit* (ci-dess., n° 1165), à une peine entraînant attribution de ses biens au trésor public (*publicatio*). Le préteur envoyait les questeurs du trésor en possession de l'universalité des biens; et ceux-ci en faisaient publiquement la vente, sous le symbole quiritaire de la propriété civile (*sub hasta*). Ceux qui acquéraient cette masse universelle de biens étaient des successeurs universels selon le droit civil : aussi Varron place-t-il la *sectio bonorum* au nombre des moyens d'acquérir le *dominium ex jure Quiritium* (2). Comme l'intention de ces acquéreurs était communément de revendre ensuite les biens en détail, on les appela, à cause de cela, *sectores* (3). — Ainsi la *sectio bonorum*

(1) Ci-dessus, n° 2027, note 2. — Les détails sur cette voie d'exécution nous sont fournis par CICÉRON, *Pro Quintio;* par GAIUS, Comm. 3. § 78, et par THÉOPHILE, que nous avons déjà cités, ci-dessus, n°s 1161 et suiv. — (2) VARR., *De R. R.* II. 10 : « Dominium legitimum sex fere res perficiunt : si hereditatem justam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit; aut si usucepit; aut si e præda sub corona emit; *tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.* » Voir tom. II, n° 314, note 2. — Les expressions *si e præda sub corona emit* indiquent la vente des prisonniers qui se faisait aussi *sub hasta, sub corona*, et qui était une vente d'objets particuliers, et non d'universalité. — (3) ASCON. *Ad Cicer. Verr.* 1. 20 : « Sectorem... dicit æstimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui... secutus spem æstimationis suæ bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel ærario vel sociis. » — *Ib.* 23 : « Sectores... qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias pensitabant singulis. » — GAI. Comm. 4. § 146 : « Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur. » Cet interdit *sectorium* est rapproché par Gaius de l'interdit *possessorium*, qui est accordé au *bonorum emptor* (§ 145); et ce rapprochement marque bien la distinction à faire entre la *bonorum sectio* et la *bonorum emptio*. — On trouve des documents relatifs à la *bonorum sectio* dans CICÉR. *Pro Rosc. com.* c. 29. 31. 33. 36. 43. 51 et suiv. — LIV. XXXVIII. 58 et 60. — VAL.

est une vente universelle au profit du public, et l'*emptio bonorum* au profit des particuliers : *Si bona publice aut privatim venierint*, dit Gaius (1). La dernière a été déduite de l'autre par une extension prétorienne, et substituée, avec une certaine assimilation, à la *manus injectio*.

2030. Vers la fin de la république, par une loi JULIA, probablement une des lois judiciaires soit de Jules César, soit d'Auguste, un moyen fut ouvert au débiteur obéré d'échapper au double inconvénient de la contrainte par corps contre sa personne, et de l'infamie attachée à la *bonorum emptio* forcée : ce fut de faire volontairement à ses créanciers cession de biens (*bonorum cessio*), c'est-à-dire abandon de l'universalité de ses biens. Là-dessus, la vente se poursuivait et avait lieu, par universalité, comme dans le cas d'exécution forcée (2); mais le débiteur ne pouvait être emprisonné, et n'était pas noté d'infamie. Toutefois, il y avait cela de remarquable, que, sans aucune espèce de doute, les créanciers non payés intégralement, s'il venait à acquérir de nouveaux biens, conservaient le droit de le poursuivre pour le payement de ce qui leur restait dû : point sujet à controverse à l'égard de celui dont les biens avaient été vendus par voie de contrainte (ci-dessus, n° 1171) (3) : sauf le bénéfice qu'il avait de ne pouvoir plus être condamné envers eux que *quantum facere potest* (4). On peut induire de quelques textes, qui toutefois ne sont pas assez concluants pour lever tous les doutes, que la cession des biens n'était permise qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (5). — De ce que la cession des biens a été introduite par une loi JULIA, probablement une des lois JULIÆ *judiciariæ*, il y a cette conclusion importante à tirer que, si l'action de la loi *per manus injectio-*

---

MAX. IV. 1. § 8. — AUL.-GELL. VII. 19. — Nous en trouvons encore la trace dans ce fragment du Digeste. 17. 2. *Pro socio*. 65. § 12. f. Paul. : « Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicantur : nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur. » Voir ci-dessus, n° 1542.

(1) GAI. Comm. 3. § 154. — (2) GAI. Comm. 3. § 78 : « Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum, velut eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; *item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt;* item judicatorum....., » etc. — (3) COD. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt*. 1. const. Alex. : « Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem. » — COD. 2. 12. *Ex quib. caus. infam*. 11. const. Alex. : « Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt. » — Justinien, const. 8 du même titre, 71, liv. 7, au COD., dit aussi de cette cession, à laquelle il donne la qualification de *miserabile cessionis bonorum auxilium*, qu'elle a lieu : « salva videlicet eorum existimatione, et omni corporali cruciatu semoto. » — (4) DIG. 42. 3. *De cession. bonor*. 4. f. Ulp. — (5) DIG. 42. 1. *De re judic*. 51. f. Paul. — 42. 8. *Quæ in fraud. credit*. 25. § 7. f. Venul. — COD. Théod. 4. 20. *Qui bonis ex lege Julia cedere possunt*. 1 const. GRATIAN. — SÉNÈQUE, *De beneficiis*. 1. § 16. — La considération la plus concluante, à mon avis, c'est qu'il n'est pas noté d'infamie, ménagement qu'on n'aurait pas sans doute pour le débiteur de mauvaise foi.

*nem* est restée encore en usage jusqu'à ces lois, du moins à côté d'elle et concurremment, le préteur et la pratique avaient déjà introduit l'exécution forcée par *emptio bonorum*, puisque les lois JULIÆ ouvrent au débiteur un moyen d'échapper à ses conséquences les plus pénibles.

2031. Un sénatus-consulte, qui existait déjà au temps de Marc-Aurèle Antonin et de Gaius, apporta à l'exécution par *emptio bonorum* une exception privilégiée qu'il importe beaucoup de remarquer. Il ordonna que lorsque le débiteur serait une *clara persona*, par exemple un sénateur ou son *uxor*, les biens, au lieu d'être vendus en masse par le procédé de l'*emptio bonorum*, ce qui emportait infamie et succession universelle, le seraient simplement en détail, par le ministère d'un curateur aux biens (*curator*) (1). C'est là ce qu'on nomme la *distractio bonorum* ou vente en détail des biens. Il ne faut pas la confondre avec l'*emptio bonorum* ou vente en masse et par universalité, ni le *curator* de l'une avec le *magister* de l'autre. La *distractio* n'entraîne aucune note d'infamie, aucune succession, mais aussi elle ne libère pas le débiteur si le prix des objets vendus ne peut pas suffire à payer intégralement les créanciers. C'est cette *distractio bonorum*, introduite d'abord comme privilége, qui est destinée à devenir le droit commun et à remplacer totalement l'*emptio bonorum* quand la procédure formulaire sera tombée.

2032. Enfin l'action de la loi *per pignoris capionem* eut elle-même, sous le système formulaire, quelque chose d'analogue, mais de plus conforme aux progrès de la civilisation. Ce ne fut plus la partie intéressée qui, dans quelques causes spéciales, s'empara elle-même, sans intervention du magistrat, de quelque bien de son débiteur pour s'en faire un gage : ce fut le magistrat qui généralement, pour assurer l'exécution des sentences, put faire faire une pareille saisie de gage. Des constitutions impériales, qui remontent au moins jusqu'à Antonin le Pieux, sanctionnèrent cette pratique, dans laquelle se trouve un moyen d'exécution forcée différent encore des précédents (2). Dans le cas d'aveu de la dette ou

---

(1) DIG. 27. 10. *De curat. fur. et aliis*. 5. f. GAI. : « Curator ex S. C. constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris ejus, in ea causa sit, ut ejus bona venire debeant : nam, ut honestius ex bonis ejus quantum potest, creditoribus solveretur, curator constituitur, distrahendorum bonorum gratia, vel a prætore, vel in provinciis a præside. » — *Ib*. 9. f. Nérat. — DIG. 42. 7. *De curat. bon. dando*. 4. f. Papir. Just. : « Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt : bonis per curatorem ex S. C. distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere. »

(2) DIG. 42. 1. *De re judic*. 31. f. Callist. : « Si qui tamen per contumaciam magis quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem : pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex forma quam Cassio proconsuli D. pius in hæc verba rescripsit : « His qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur : eorum, qui intra diem vel ab initio datum,

de condamnation, après le délai accordé pour s'exécuter volontairement, le magistrat peut faire saisir par ses *officiales* (autrement dits *viatores*, *apparitores*, ou, en général, *executores*) quelques biens du débiteur condamné, qui constituent ainsi une sorte de séquestre, de gage prétorien (*pignus prætorium*). Si dans les deux mois le débiteur ne les dégage pas en payant sa dette, ils sont vendus, toujours par les *officiales* du magistrat, et le prix en est employé à l'acquit de la dette (1). Faute d'acheteur, le gage doit être attribué (*addictum*) au créancier pour un taux déterminé (2). Dans cette saisie et vente de gage, le magistrat doit suivre un certain ordre : d'abord les meubles (*res mobiles*); en cas d'insuffisance, les immeubles (*res soli*), et après ceux-ci, s'ils ont encore été insuffisants, les droits (*jura*) (3). L'utilité de cette *pignoris capio* prétorienne est distincte de celle de l'*emptio* et même de la *distractio bonorum*. Dans l'*emptio* et dans la *distractio bonorum*, c'est l'ensemble de tous les biens, de toute la fortune du débiteur qui est saisi et vendu soit en masse, soit en détail. Dans la *pignoris capio*, ce sont quelques biens seulement, ceux que le magistrat juge suffisants pour acquitter la dette. Le premier procédé convient aux cas d'insolvabilité du débiteur et de concours de créanciers; le second, au cas où le débiteur est plutôt récalcitrant qu'insolvable. L'*emptio bonorum*, entraînant succession universelle, tomba avec la procédure formulaire; mais la *distractio bonorum* et la *pignoris capio* restèrent comme les deux voies d'exécution forcée, satisfaisant aux deux nécessités principales de cette exécution.

2033. Toutes ces voies d'exécution ont lieu et sont ordonnées par le préteur *extra ordinem*, dans l'hypothèse que l'existence de la sentence de condamnation n'est pas contestée. Mais si le défendeur dénie le fait même qu'il y ait eu sentence contre lui (4), ou s'il prétend s'en être déjà libéré (5), il surgit là une contestation qui ne peut plus être vidée que suivant la procédure ordinaire, avec dation d'un juge et d'une formule : c'est l'objet de l'*actio judicati*. Voici comment il nous semble que les choses se passaient. Dans le délai formant armistice légal pour le débiteur, ni l'*actio*

---

vel ex causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi : eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei cujus pignora vendita erunt. » — COD. 8. 23. *Si in causa judicati pignus captum sit*. 1. const. Anton. : « Res ob causam judicati datas ejus jussu cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. Nam in vicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. » — (1) Voir la note précédente, principalement la loi 31 qui s'y trouve rapportée. — (2) DIG. 42. 1. *De re judic*. 15. § 3. f. Ulp. — (3) *Ib*. 15. § 2. f. Ulp. — (4) DIG. 49. 8. *Quæ sentent. sine appell*. 1. f. Macer. : « Si quæratur, judicatum sit, necne, et hujus quæstionis judex *non esse judicatum* pronuntiaverit, licet fuerit judicatum : rescinditur, si provocatum non fuerit. » — (5) DIG. 42. 1. *De re judic*. 7. f. GAI. : « Intra dies constitutos, quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse hodie non dubitatur. »

*judicati* (1), ni par conséquent aucune voie d'exécution forcée ne pouvaient être exercées. Passé ce délai, le créancier qui voulait amener à effet la sentence obtenue par lui appelait son adversaire *in jus* pour demander et obtenir contre lui, au besoin, l'*actio judicati*. C'est ce qu'on appelle, improprement, *judicati agere*. Rendus *in jus*, si le fait de la sentence de condamnation et de l'existence de l'obligation qui en était née était reconnu, il n'y avait lieu à aucune action proprement dite, à aucun *judicium*. Le préteur statuait *extra ordinem*, et en vertu de son *imperium*, il ordonnait les diverses mesures d'exécution que nous venons d'exposer. Mais si l'existence même de la sentence ou de l'obligation qu'elle avait produite était déniée, alors le préteur délivrait l'*actio judicati* proprement dite, c'est-à-dire une formule d'action avec renvoi devant un juge pour faire juger cette question. Voilà comment l'*actio judicati* nous apparaît dans les textes tantôt comme moyen de poursuite pour l'exécution, tantôt comme moyen de faire prononcer sur l'existence contestée de la sentence, selon qu'on la considère à l'égard des parties rendues seulement *in jus*, ou renvoyées *in judicio*. — Le défendeur qui voulait dénier l'existence de la sentence et défendre à l'action *judicati* n'était plus obligé, comme sous le règne des actions de la loi, de donner un *vindex*; mais cette obligation avait été remplacée par celle de donner une caution *judicatum solvi* (2). En outre, en punition de sa dénégation, s'il succombait, la formule portait l'ordre de le condamner au double : l'action *judicati* était une de celles *quæ inficiatione duplantur* (3). Elle en était même le type primitif.

### *Résumé et ensemble d'une procédure sous le système formulaire.*

2034. Le caractère de l'*in jus vocatio*, en principe, reste le même : le soin d'appeler, et, au besoin, d'amener par la force son adversaire devant le magistrat, appartient toujours au demandeur comme acte privé ; mais, en fait, la pratique et le droit prétorien ont substitué à cette lutte privée des moyens de contrainte publique. Le magistrat interpose son autorité : la résistance de celui qui est appelé *in jus* peut être réprimée par des remèdes prétoriens : par la prise de gages, ou par une action pour faire prononcer une peine pécuniaire (*mulcta, quanti ea res est*), tant contre celui qui a refusé de comparaître que contre ceux qui auraient favorisé sa résistance (4).

(1) Voir la note précédente. — (2) Gai. Comm. 4. § 25 : « Itaque judicatus... vindicem dare debebat... Unde nostris temporibus is cum quo judicati... agitur, judicatum solvi satisdare cogitur. » — (3) Gai. Comm. 4. §§ 9 et 171. — (4) Gai. Comm. 4. § 46. — Dig. 2. 5. *Si quis in jus*. 2. § 1. Paul. : « Si quis in jus vocatus non ierit, ex causa a competente judice mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur. » — Dig. 25. 4. *De insp. ventr*. 1. § 3 f. Ulp. : « Cogenda

2035. L'usage du *vindex*, au moyen duquel l'appelé *in jus* pouvait s'affranchir de l'obligation de suivre celui qui l'appelait, n'existe plus. Il lui suffit, maintenant, de donner pour caution un fidéjusseur (*fidejussor judicio sistendi causa*). Le *vindex* était un tiers intervenant et prenant l'affaire à sa propre charge. Le *fidejussor* n'est qu'une caution répondant, sous une peine pécuniaire fixée par la stipulation, que l'appelé se présentera *in jus* au jour par lui promis (1).

2036. Si celui que le demandeur veut appeler *in jus* est absent, et qu'il n'y ait personne pour prendre sa cause, la *vocatio in jus* ne peut pas avoir lieu, et l'organisation de l'instance est impossible. Les Romains ne connaissent pas l'assignation et la procédure *in jure* engagées par défaut contre un adversaire absent. Mais l'édit offre contre cet inconvénient un remède prétorien : c'est l'envoi en possession des biens de l'absent, à titre de garantie (*missio in possessionem custodiæ causa*, ci-dessus, n° 2021).

2037. Le demandeur peut, en même temps qu'il appelle *in jus* son adversaire, lui faire connaître sa prétention et l'action qu'il compte exercer contre lui. C'est ce qui se nomme *actionem denuntiare, actionis denuntiatio* (2). Mais cet acte n'est nullement obligatoire; il est purement officieux et facultatif : seulement le demandeur a le plus communément intérêt à le faire, parce que le défendeur étant informé à l'avance de ce dont il s'agit, la procédure pourra en acquérir plus de célérité. Aussi devient-il d'un usage fréquent.

2038. Les parties étant rendues devant le magistrat (*in jure*), l'accomplissement du rite sacramentel des actions de la loi, qui avait lieu jadis, est remplacé aujourd'hui par les formalités relatives à la désignation, à la rédaction et à la délivrance de l'action et de sa formule.

2039. Le demandeur commence par indiquer devant le magistrat l'action qu'il veut exercer et la formule dont il entend se servir. Il fait cette indication soit oralement, soit par écrit (*per libellum*), soit en se référant simplement à une formule insérée sur l'*album*. C'est là ce qui se nomme *edere* ou *dictare actionem, actionis editio*. Cet acte n'est pas, comme la *denuntiatio*, purement facultatif; il est officiel et de rigueur. Du reste, il ne lie pas le demandeur, qui est libre encore, jusqu'après la *litis contestatio*, de modifier les termes de sa demande, ou même de changer

---

igitur erit remediis prætoriis, et in jus venire, et si venerit respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si contemnat, vel mulctis coercenda. » — Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat*. 5. § 1. f. Ulp. : « In eum autem, qui vi exemit, in factum judicium datur... quanti ea res est ab actore æstimanda... § 3.... Et si plures deliquerint in singulos dabitur : et nihilominus manet qui exemptus est, obligatus. » — (1) Dig. 2. 6. *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent*. — (2) Dig. 5. 2. *De inoffic. test*. 7. f. Paul. — 5. 3. *De hered. petit*. 20. § 11. f. Ulp.

d'action (1). — L'*actionis editio* et l'acte qui figure quelquefois dans les textes sous le nom d'*actionis postulatio*, regardés autrefois par les interprètes comme deux actes de procédure distincts et séparés d'intervalle, paraissent ne constituer réellement qu'une seule formalité et se confondre l'un dans l'autre; parce qu'indiquer devant le magistrat l'action qu'on désire exercer, c'est la lui demander; ou la lui demander, c'est l'indiquer.

2040. Le défendeur, après que l'*actionis editio* lui a fait connaître la prétention du demandeur, est libre ou d'engager de suite les débats sur la délivrance de cette action, ou de réclamer un délai pour réfléchir. S'il réclame un délai, il doit s'engager, devant le magistrat, sous une peine pécuniaire, à revenir *in jure* au jour fixé. C'est le *vadimonium* du système formulaire. Cet engagement doit être pris par lui, dans certaines causes, par simple promesse verbale sur stipulation (*vadimonium purum*); dans d'autres, sous la foi du serment (*jurejurando*); quelquefois avec dation de fidéjusseurs (*cum satisdatione*); ou bien avec nomination immédiate de récupérateurs chargés de condamner le défendeur à la somme promise, s'il ne se présente pas au jour dit (*recuperatoribus suppositis*). Des engagements semblables ont lieu également dans tous les cas où l'affaire commencée devant le magistrat ne peut pas se terminer le même jour (2). Quant aux *vadimonia* qui, sous les actions de la loi, se faisaient aussi dans la seconde période du procès, c'est-à-dire devant le juge (*in judicio*), ils n'existent plus sous le système formulaire.

2041. Les débats devant le magistrat (*in jure*) ont pour but de déterminer si une action sera donnée au demandeur; et, en cas d'affirmative, d'en faire rédiger la formule. — Si l'affaire est de nature à être résolue *extra ordinem*, par la seule juridiction; ou si le magistrat juge que le demandeur n'est pas dans un cas où il ait droit à une action (3); ou bien s'il y a de la part du défendeur aveu et reconnaissance du droit du demandeur (*confessio in jure*) (4); ou encore, si l'une des parties, devant le tribunal, défère à l'autre le serment sur l'existence du droit contesté (*jusjurandum in jure*) (5) : dans ces divers cas, l'affaire se termine devant le magistrat. — Sinon, il y a lieu à la dation d'un juge et à la rédaction d'une formule. Nous avons déjà décrit (ci-dessus, n° 1950) comment il est procédé à cette rédaction. Si pour y arriver

(1) Voir sur tous ces points, n° 1950, avec les textes cités note 2, et p. 537, note 5. — (2) GAI. Comm. 4. § 184 et suiv. — (3) DIG. 45. 1. *De verb. obl.* 26. f. Ulp., et 27. f. Pomp. — (4) DIG. 42. 2. *De confessis*, 1. f. Paul. : *Confessus, pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* » — Toutefois, si l'aveu n'est pas d'une somme déterminée, il y a encore lieu à la dation d'un juge, non plus pour juger de l'existence du droit, mais pour en estimer la valeur *non rei judicandæ sed æstimandæ*). — *Ibid*. 6. f. Ulp., et DIG. 9. 2. *Ad. leg. Aquil.* 25. § 2. f. Ulp. — (5) DIG. 12. 2. *De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.* 34. § 6. f. Ulp. : « Ait prætor : eum a quo jusjurandum petitur solvere aut jurare cogam. »

certains renseignements sont nécessaires à obtenir de l'une ou de l'autre des parties, par exemple s'il s'agit de savoir si le défendeur est *héritier* ou débiteur primitif; ou dans une action noxale, s'il est *propriétaire* de l'esclave qui a causé le dommage; ou quand l'âge de l'une ou de l'autre des parties doit avoir une influence sur le droit, s'il est besoin de connaître cet âge : dans ces divers cas, ces renseignements peuvent être demandés, soit par l'une des parties à l'autre, soit par le magistrat, au moyen d'une *interrogatio in jure,* qui impose l'obligation de répondre, pourvu qu'elle porte sur des faits personnels à la partie interrogée (1). — La rédaction de la formule une fois arrêtée, elle est délivrée aux parties : c'est ce qui s'appelle, de la part du magistrat, *indulgere, permittere, tribuere* ou *accommodare actionem;* et, de la part du demandeur, *actionem impetrare, actionis impetratio* (2).

2042. Rien ne nous indique que la *comperendinatio,* dont Gaius ne parle qu'au passé, comme pratiquée sous les actions de la loi (ci-dessus, n° 1901), se soit maintenue sous le système formulaire.

2043. Quant à la *litis contestatio,* elle s'est notablement modifiée sous le rapport de sa forme, dans la pratique du système formulaire : elle a perdu le caractère primitif d'où lui était venu son nom; les parties n'invoquent plus des témoins pour attester les débats et l'organisation de l'instance qui viennent d'avoir lieu (ci-dessus, n° 1903). C'est la formule qui résume et constate ces faits par écrit. Toutefois, le nom de *litis contestatio* reste pour désigner la clôture même de la procédure *in jure,* la dernière époque de cette procédure où se faisait jadis l'invocation des témoins (3).

2044. Sous le rapport de ses effets, la *litis contestatio* a pris une importance encore plus déterminée qu'autrefois, et il est essentiel d'y arrêter son attention. Elle ouvre dans le procès une phase toute nouvelle. Jusque-là, la procédure n'avait établi aucun lien de droit entre les parties; elle les avait laissées l'une et l'autre dans le même état qu'auparavant. Mais à partir de la *litis contestatio,* il n'en est plus de même : la *litis contestatio* produit cet effet capital et singulier, qu'elle lie les parties, qu'elle

(1) DIG. 11. 1. *De interrogationibus in jure faciendis, et interrogatoriis actionibus.* — (2) Voir des détails sur ces débats pour arriver à la redaction de la formule, dans CICÉRON, *Part. orat.* c. 28 : *Pro Cæcin.*, c. 3; *in Verr.* IV, 66.; *De invent.*, 1. 19; et dans ASCONIUS, *in Verr.*, c. 3 : « Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet. » — (3) Ce texte, 3. 9. *De litis contestatione*, 1. const. Sever. et Anton. : « Lis tunc *contestata* videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit, » a été interprété comme ayant trait à un procès extraordinaire. Mais l'ensemble du texte, qui parle de l'*editio actionis*, semble bien se référer à la procédure ordinaire, et nous croyons plus vraisemblable une interpolation.

fait naître entre elles une obligation particulière, dérivée comme d'un contrat (*quasi ex contractu*) : l'obligation de subir le cours de l'instance judiciaire et les effets de la sentence. Voilà le véritable résultat de la *litis contestatio*, le résultat qu'il faut mettre en saillie, le *résultat-principe*, dont les autres ne sont que des conséquences. Ainsi :

2045. 1° *Quant à la procédure*, puisqu'il y a obligation de subir le cours de l'instance, le procès dès ce moment est engagé: *Judicium constitutum, judicium acceptum* ou *susceptum, res in judicio deducta; lis inchoata*, sont autant de synonymes de *lis contestata*. En conséquence, que le demandeur ou que le défendeur fasse défaut, l'affaire doit être résolue tout de même par une sentence d'absolution ou de condamnation, qui aura le même effet que si elle était contradictoire : on n'applique plus ici le principe qu'on ne peut agir par *in jus vocatio* contre un absent, car il y a pour les parties obligation d'être jugées (1).

Puisqu'il y a obligation, ces trois points qui constituent les éléments essentiels de toute instance : le juge, les plaideurs et la chose, c'est-à-dire l'objet et les conditions du litige, sont définitivement déterminés et arrêtés, tellement que, même en cas d'erreur et de préjudice inique, ils ne pourraient plus être modifiés que par une restitution *in integrum;* et que la chose litigieuse, à partir de ce moment, est frappée d'inaliénabilité (2). — Cependant la mort du juge ou de l'un des plaideurs, ou la constitution d'un procureur, donnent lieu à un remplacement de personne (*judicii* ou *litis translatio*), qui peut s'opérer plus simplement, au moyen d'un changement de nom fait par le préteur dans l'institution du juge ou dans la *condemnatio* de la formule (3).

Toujours par la même raison qu'il s'est formé entre les plaideurs une obligation, l'action devient un droit acquis pour eux; quelle qu'elle fût dans son origine, elle est donc désormais perpétuelle et transmissible pour ou contre les héritiers (4).

---

(1) Dans le cas de défaut du défendeur à ce degré de procédure, le magistrat, sur l'instance du demandeur, rendait public un édit (*edictum*), renouvelé, s'il y avait lieu, une ou deux fois, à des intervalles de dix jours au moins, pour enjoindre au défaillant qu'il eût à comparaître. Le dernier de ces édits est appelé *peremptorium :* si le défendeur n'y obéit pas, il est *contumax*, et soit le juge, soit même le magistrat *extra ordinem*, statue sur l'affaire comme s'il était présent. (Voir PAUL. *Sentent*. 5. 5. A. *De effectu sententiarum et finibus litium*. § 7. — DIG. 5. 1. *De judiciis*. 68 à 75. — 42. 1. *De re judicata*. 53. f. Hermog. — COD. 7. 43. *Quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente*). — (2) DIG. 44. 6. *De litigiosis*. — COD. 8. 37. *De litigiosis*. — (3) DIG. 3. 3. *De procur*. lois 17. 27. 42. § ult. 46. pr. — 4. 3. *De dolo*. 7. — 17. 1. *Mandat*. 45. § 1.—20. 6. *Quib. mod. pign*. 1. § 2. — 27. 7. *De fidejuss*. 8. § 1. — 38. 1. *De oper. libert*. 29. — COD. 5. 53. *De in lit. jur*. — DIG. 5. 1. *De judic*. 57. — 9. 4. *De nox. act*. 15. — 40. 12. *De liber. caus*. 24. § 4. etc., etc. — Conférez avec GAI. Comm. 4. § 86. — (4) DIG. 27. 7. *De fidejuss. et nom*. 8. § 1. Paul. : « Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur. »

2046. *Quant au droit*, puisqu'il y a une obligation nouvelle de produite, le droit primitif, en vertu duquel l'action a été intentée, ne doit plus exister, ou du moins ne doit plus pouvoir produire d'autre effet : autrement, si le défendeur pouvait être tenu à la fois des résultats et de cette obligation nouvelle, et de l'ancien droit qui existait contre lui, il y aurait iniquité.

L'ancien droit est éteint complétement, *ipso jure*, par une novation de droit civil, si l'action exercée est une action personnelle (*in personam*), légitime (*legitimum judicium*) et conçue *in jus :* parce qu'alors le droit primitif est une obligation civile, le nouveau droit engendré par la *litis contestatio* est aussi une obligation civile de même nature : elle peut donc avoir la force de nover la première à laquelle elle se substitue. En conséquence, l'ancienne obligation est éteinte, et le demandeur ne peut plus agir pour la même cause : « *Postea ipso jure de eadem re agi non potest.* » Nous avons déjà parlé (ci-dessus, n° 1704) de cette novation forcée qu'amène le cours de la procédure, et de ses différences avec la novation volontaire.

Mais il en est tout autrement, c'est-à-dire il ne s'opère aucune novation, et l'ancien droit continue de subsister, si l'action intentée manque de l'une quelconque des trois conditions que nous venons d'indiquer. — En effet, si elle est *in rem*, le droit primitif est un droit réel, or un droit réel ne peut être nové par une obligation. — Si elle est conçue *in factum*, l'*intentio* n'énonce aucune question de droit, elle est fondée uniquement sur l'existence d'un fait; or, un fait n'est pas davantage susceptible d'être nové : l'obligation qu'a engendrée la *litis contestatio* ne peut pas faire que ce fait existe ou n'existe pas. — Enfin, si elle n'est qu'un *judicium imperio continens*, ne tirant qu'une autorité temporaire du pouvoir du magistrat, avec lequel elle expirera, elle est impuissante pour détruire directement un droit permanent (1). — Qu'on remarque, en effet, quelle injustice il y aurait eu, si une action aussi précaire que le *judicium imperio continens*, à laquelle la mort ou la retraite ou la sortie de charge du magistrat peut mettre fin à chaque instant avant la sentence, avait eu pour effet de détruire complétement le droit primitif sur lequel elle est fondée. — Il suit de là que, dans les trois cas que nous venons de parcourir, aucune novation n'étant possible, le droit primitif subsiste toujours. Le défendeur est tenu à la fois, et par ce droit, et par l'obligation nouvelle née de la *litis contestatio*. De telle sorte que le demandeur

(1) On explique communément ce dernier cas, en disant que le *judicium imperio continens* n'étant déduit que de l'*imperium* du magistrat, il ne peut détruire directement une prétention fondée en droit civil; mais l'observation ne nous paraît pas suffisante. Très-souvent il n'est nullement question d'une prétention de droit civil dans le *judicium imperio continens :* et jamais cependant ce *judicium* n'opéra de novation : pourquoi? parce qu'il n'est qu'une mesure temporaire et précaire.

pourrait encore, à la rigueur, et avant la sentence, intenter contre lui de nouvelles actions pour la même cause; mais comme cette double poursuite serait inique, il repousserait la nouvelle action par l'exception *rei in judicium deductæ* (1). Si le *judicium imperio continens* s'était évanoui sans effet définitif, par la cessation des fonctions du magistrat avant la sentence, nous croyons que l'exception *rei in judicium deductæ* cesserait d'être opposable à la nouvelle action qui serait intentée, ou du moins serait repoussée par une réplique : car l'équité, loin de le défendre, exigerait que la poursuite du droit pût recommencer. (App. 1, liv. 4.)

2047. Après la *litis contestatio* l'affaire est terminée *in jus;* elle commence devant le juge (*in judicio*) : c'est la seconde phase du procès. On ne voit pas si l'usage des conclusions sommaires et préalables (*causæ collectio* ou *causæ conjectio*), qui existait sous les actions de la loi (ci-dessus, n° 1904), s'est maintenu dans la procédure formulaire : il y paraît inutile, puisque la formule contient ce résumé.

2048. Les diverses preuves, par témoins (*testes*), par titres (*instrumenta, tabellæ, cautiones,* etc.), par serment prêté devant le juge (*jusjurandum in judicio*), et autres, sont successivement fournies par les parties. La cause est plaidée (*causæ peroratio*). Si le juge ne la trouve pas suffisamment éclairée, il l'ajourne (*litem ampliare, lis ampliata*); de là de nouvelles plaidoiries (*prima, secunda, tertia actio*). Mais si le juge après tous les débats n'a pu former suffisamment son opinion pour prononcer une sentence, il lui est permis de déclarer sous serment que l'affaire n'est pas claire pour lui (*non liquet*), et il faut alors que le préteur le remplace par un autre (ci-dess., n° 2045). Tel fut le parti que prit Aulu-Gelle dans un procès où il était juge et dont il nous raconte l'anecdote (2).

2049. A côté du serment que le juge a le droit de déférer à l'une des parties comme complément de preuves (*jusjurandum in judicio*), il faut distinguer celui qui est déféré au demandeur, dans le but spécial de déterminer le montant de la condamnation à laquelle il a droit. Ce serment porte le nom particulier de *jusjurandum in litem*. Il a lieu généralement dans les actions arbitraires, quand c'est de mauvaise foi que le défendeur n'a pas obtempéré au *jussus* préalable du juge; même dans les actions de bonne foi, et quelquefois aussi dans les actions de droit strict, en cas de dol ou de faute assimilée au dol de la part du défendeur. Le juge peut taxer une limite à cette estimation juratoire; et il n'est pas obligé, d'ailleurs, de l'adopter toujours entièrement (3).

---

(1) Voir, sur ces effets de la *litis contestatio*. Gai. Comm. 4. § 106 et suiv. — (2) Aul.-Gell. 14. 2. *Super officio judicis*. — (3) Voir sur tout cela, ci-dessus, n° 1996, avec les notes; — et Dig. 12. 3. *De in litem jurando*, notamment 5. pr. et § 4. f. Marcian.

2050. La sentence absout ou condamne le défendeur; la condamnation doit être toujours d'une somme d'argent précise (*certæ pecuniæ*). Il est cependant permis au juge, même en matière civile, de s'abstenir d'une décision, en déclarant par serment que l'affaire ne lui paraît pas assez claire pour qu'il prononce (*sibi non liquere*). Il faut alors se borner à l'avis des autres juges, s'ils sont plusieurs, ou recourir à un autre *judicium* (1). Nous savons d'ailleurs qu'il est quelques cas, les *præjudicia* par exemple, dans lesquels la sentence ne contient ni absolution ni condamnation, mais seulement une constatation de fait ou de droit, et d'autres où elle contient des adjudications. — Elle doit être rendue publiquement et de vive voix (*pronuntiare*); mais rien n'empêche le juge de l'écrire d'avance pour en donner lecture publique (*ex tabella pronuntiare* ou *recitare*) (2).

2051. La sentence produit des effets remarquables, qui se relient absolument à ceux de la *litis contestatio*, dont elle n'est que la réalisation. Soit absolution, soit condamnation, elle réalise l'obligation d'être jugé, qu'avait fait naître la *litis contestatio* Cette obligation est en quelque sorte payée (*soluta*). En outre, en cas de condamnation, il naît pour le défendeur une obligation nouvelle, celle d'exécuter la sentence : de telle sorte que les anciens, selon ce que nous rapporte Gaius, avaient dit avec raison, pour marquer ces vicissitudes dans les obligations du défendeur : « Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere (3). » Quant au droit primitif, en vertu duquel l'action a été introduite, il reste dans l'état où l'a placé la *litis contestatio*. Qu'on veuille bien remarquer, en effet, que l'obligation qui se trouve, dans tous les cas, payée ou novée par la sentence, c'est l'obligation d'être jugé, qu'avait fait naître la *litis contestatio*. Quant au droit primitif, c'est la *litis contestatio* seule qui a agi sur lui, et l'effet qu'elle a produit est une chose faite. En conséquence, il reste éteint, selon les cas, soit *ipso jure* si la *litis contestatio* en a opéré la novation, soit *exceptionis ope* si la *litis contestatio* l'a laissé subsister. Seulement, dans ce dernier cas, outre l'exception *rei in judicium deductæ* produite par la *litis contestatio*, le défendeur a maintenant l'exception *rei judicatæ*, résultant du dernier état où est parvenue la procédure (4).

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 36. f. Paul. — Aul.-Gell. *Noct. attic.* XIV. 2. — (2) Cod. 7. 44. *De sentent. ex peric. recitand.* 1. const. Valer. et Gallien. — (3) Gai. Comm. 3. § 180. — (4) Gai. Comm. 5. §§ 106 et 107 : « ... Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est *exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ*. » — On peut interpréter ce passage en ce sens que le défendeur qui, avant la sentence, n'avait que l'exception *rei in judicium deductæ*, continue après la sentence à avoir cette exception, puisqu'elle résulte d'un fait accompli et constant; et qu'il a, en outre, l'exception *rei judicatæ*. Ou bien on peut donner au *vel* un sens disjonctif. L'une ou l'autre interprétation, du reste, est indifférente, et ne touche en rien à l'ensemble du système.

2052. Par la sentence, le juge termine sa mission, et avec elle finit son pouvoir. C'est dès lors au magistrat qu'il faut recourir pour l'exécution.

2053. Toutefois, il est divers moyens de se pourvoir contre une sentence rendue, afin d'obtenir qu'elle soit annulée, révoquée ou revisée :

1° Il peut se faire que la sentence soit nulle, soit pour violation d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution, soit pour vices de forme, d'incompétence dans le magistrat ou dans le juge, d'incapacité de plaider dans l'une des parties. En ce cas, il suffit à la partie intéressée de faire valoir cette nullité devant le magistrat, savoir : le demandeur en demandant à intenter une nouvelle action, ou le défendeur en s'opposant à l'exécution de la sentence nulle (1).

2° Même quand la sentence ne contient pas de nullité, on peut, pour des causes particulières et extraordinaires, ou pour cause de minorité de vingt-cinq ans, obtenir qu'elle soit considérée comme non avenue, au moyen d'une *restitutio in integrum* (2).

3° Enfin, depuis Auguste, et probablement par les dispositions de la loi Julia *judiciaria*, s'est introduite et successivement développée la voie de l'appel (*appellatio* ou *provocatio*), dont on peut voir l'origine historique dans le pouvoir qu'avait tout magistrat, sous la république, d'opposer son *veto* à la décision d'un magistrat inférieur, ou tout au plus égal. C'est de là qu'est venue l'expression *appellare tribunum, appellare magistratum*, appeler à son aide le pouvoir supérieur : d'où nous avons fait, par corruption, *en appeler au juge supérieur* (tom. I, *Hist.*, nos 156, 204, 208 et 209).

2054. L'appel peut être interjeté contre la sentence, immédiatement, de vive voix (*inter acta voce appellare*), ou dans un certain délai, par notification écrite (*libelli appellatorii*).—Le juge ou le magistrat contre la décision duquel l'appel est formé en donne acte à l'appelant par un écrit qui se nomme *litteræ dimissoriæ*, ou *apostoli*, et dont le sens est : « *appellasse, puta Lucium Titium, a sententia illius, quæ inter illos dicta est.* » —L'appel est suspensif de l'exécution ; il est porté à un magistrat supérieur, et il pourrait l'être ainsi plus d'une fois de degré en degré. L'empereur constitue le suprême et dernier ressort (3).

(1) Dig. 49. 8. *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.* — Cod. 7. 64. *Quando provocare non est necesse.* — (2) Ci-dessus, n° 2018, avec la note 6. — (3) Dig. 49, depuis le titre I. *De appellationibus et relationibus*, jusqu'au titre 14. (La *relatio* ou *consultatio* est un exposé détaillé de l'affaire, que le juge doit dresser et transmettre à la chancellerie impériale, lorsque l'appel est formé devant l'empereur.)

## TROISIÈME SYSTÈME. *De la procédure extraordinaire* (extraordinaria judicia).

### *Origine et développement de ce système.*

2055. Comment la procédure formulaire, introduite par la pratique prétorienne, installée législativement par la loi ÆBUTIA, et définitivement organisée par les deux lois JULIÆ *judiciariæ*, disparut-elle devant un troisième système? Cette disparition a été une œuvre graduellement et quotidiennement accomplie, de telle sorte que nous n'avons pas d'époque précise à laquelle nous puissions la référer. Elle n'est autre que l'envahissement de plus en plus étendu de la *cognitio extraordinaria* sur le *judicium ordinarium*, à mesure que le régime impérial se développe et tourne plus fortement au pouvoir absolu. Si bien que, pour caractériser le changement qui s'est opéré, il n'y a eu qu'à dire, comme Justinien : « Aujourd'hui toutes les instances sont extraordinaires : *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia* (1). »

Nous avons déjà exposé le progrès de ce changement dans notre Histoire du droit romain, à laquelle il nous suffira de nous référer (2). Le premier texte qui le consacre législativement est la constitution de l'an 294, par laquelle Dioclétien ordonne aux présidents des provinces de connaître eux-mêmes de toutes les causes, même de celles pour lesquelles il était dans l'usage auparavant de donner des juges, sauf la permission qu'il leur réserve de donner aux parties des juges inférieurs, lorsque leurs occupations publiques ou la multiplicité des causes les empêcheront d'en connaître eux-mêmes (3). C'est de cette constitution, spéciale pour les provinces, et généralisée ensuite pour tout l'empire, que l'on fait dater l'abolition législative la plus large du *judiciorum ordo*.

2056. Toutefois, de même que la procédure formulaire avait été rattachée à quelques vestiges ou imitations des actions de la loi, de même la procédure extraordinaire conserva en apparence ou nominalement quelques traces du système auquel elle se substituait. Ainsi se maintinrent pendant quelque temps, quoiqu'il n'y eût plus de renvoi devant un juge, l'habitude de rédiger une formule, du moins comme précis des conclusions de chaque plaideur, et celle de demander et d'obtenir l'action (*postulatio* et *impetratio actionis*). Le premier de ces usages fut supprimé par les enfants de Constantin (4), et le second par Théodose le Jeune (5).

---

(1) Instit. de Justinien, ci-dess., 3. 12. pr. — Et ci-dessous, 4. 15. § 8. — (2) Tom. II, *Hist*. n$^{os}$ 392 et suiv. — (3) COD. 3. 3. *De pedan. judic*. 2. const. Dioclet. et Maxim. — (4) COD. 2. 58. *De formulis et interpretationibus actionum sublatis*. 1. const. Constant. an 342, et tom. I, *Hist*., n° 437. — (5) *Ibid*. 2. const. Théod. et Valent. an 428 — Voir aussi COD. THÉOD. 2. 3. 1.

***Organisation de la puissance judiciaire sous le régime de la procédure extraordinaire.***

2057. Le fait capital dans cette organisation, c'est que le *jus* et le *judicium* sont confondus, la distinction entre le magistrat et le juge n'existe plus. Il y a des magistrats ou juges supérieurs, il y en a d'autres inférieurs, dont la puissance ou la sphère d'attributions sont moins larges; mais, dans tous les cas, c'est la même autorité qui examine et décide l'affaire, tant sous le rapport de la juridiction que sous celui de la sentence.

2058. Nous ne reviendrons pas sur le tableau abrégé de cette organisation judiciaire, que nous avons déjà tracé (tom. I, *Génér.*, nos 291 et suiv.). Il faut y remarquer spécialement l'institution des *judices pedanei,* ou juges inférieurs, qui subit dans le cours du régime impérial diverses vicissitudes sur lesquelles nous manquons de documents suffisants. Cette dénomination, employée déjà sous le système formulaire, a pu désigner alors généralement, selon les conjectures de Zimmern, reproduites par M. Bonjean, les magistrats inférieurs des localités, ou magistrats municipaux; mais à partir de l'empereur Julien, les *judices pedanei* apparaissent avec un caractère permanent et tout spécial, comme des juges destinés à connaître des affaires de peu d'importance, et que les présidents ont le droit de constituer dans leur ressort (1). Une constitution de Zénon les attache, en un certain nombre, à chaque prétoire (2). Enfin Justinien, du moins en ce qui concerne Constantinople, les organise de nouveau, les forme en collége permanent, limite leur juridiction à la somme de trois cents solides, et les nomme lui-même, comme nous le voyons par une constitution de lui, où nous pouvons lire plusieurs nominations pareilles (3).

2059. Les parties, pour les affaires de la compétence des *judices pedanei,* s'assignent directement devant eux (4). Et même lorsque les présidents, pour se décharger d'une affaire qui leur a été soumise, la renvoient aux *judices pedanei,* ceux-ci statuent toujours à la fois comme magistrats et comme juges. Ainsi, il ne s'agit plus de la *datio judicis* du système formulaire.

---

(1) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 4. const. Dioclet.; et 5. const. Julian. : « Pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus præsidibus potestatem. » — (2) Novell. LXXXII. *De judicib.* cap. 1. — Et aussi la préface, où l'on voit que Zénon avait nommé, dans sa constitution même, le personnel des juges pédanés. » — (3) *Ibid.* cap. 1 à 5, etc. — Voir sur ce sujet, tom. I, *Hist.*, nos 395 et 396. — (4) Ainsi le défendeur peut être appelé *in jus* devant eux : « Si quis ad pedaneum judicem vocatum eximat, pœna ejus edicti cessabit. » (Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus voc.* 3. § 1. f. Ulp.) — Et la *postulatio* peut avoir lieu devant eux : « Item senatusconsulto etiam apud judices pedaneos postulare probibetur calumniæ publici judicii damnatus » (Dig. 3. 1. *De postul.* 1. § 6. f. Ulp.). « *Postulare* autem est desiderium suum vel amici sui, in jure, apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere » (*Ibid.* § 2). Dans ces fragments, extraits d'Ulpien, l'expression *judices pedanei* désignait probablement les magistrats inférieurs des diverses municipalités.

### *Résumé et ensemble d'une procédure, sous le système de la procédure extraordinaire, notamment à l'époque de Justinien.*

2060. Les principes généraux de l'*in jus vocatio*, principalement avec les moyens de sanction introduits par l'édit, sont restés en vigueur, et nous les trouvons transportés par fragments dans le Digeste de Justinien (1). Toutefois, non-seulement la violence individuelle qui pouvait l'accompagner au besoin (*obtorto collo*) est tombée en désuétude, remplacée complétement par les moyens de contrainte prétoriens; mais encore l'*in jus vocatio* a tendu à perdre son caractère privé, pour prendre un caractère public; elle est faite communément, ainsi que nous allons le dire bientôt, dans un acte de citation (*libellus conventionis*) remis au défendeur sur l'ordre du juge, par le ministère d'un *executor* ou *viator*.

2061. L'ancienne *actionis editio* et le *vadimonium* du système formulaire ont cessé d'exister; de même l'*actionis impetratio*, plus longtemps maintenue comme vestige, mais supprimée définitivement par Théodose et Valentinien.

2062. La dénonciation volontaire et préalable de l'action (*actionis denuntiatio*), faite par le demandeur au défendeur pour accélérer la marche de la procédure (ci-dessus, n° 2037), après être devenue d'un usage général, après avoir été même érigée par Constantin en un acte obligatoire et public, qui devait être fait au greffe du magistrat (*apud acta*) et notifié par les soins de ce dernier et par le ministère d'un *viator* ou *executor*, au défendeur (2) : cette dénonciation n'est plus en usage. Elle ne se retrouve plus dans les textes de Justinien. Mais un but analogue est atteint au moyen de la forme dans laquelle est faite communément l'*in jus vocatio*.

2063. En effet, à cette époque, l'instance est introduite au moyen d'un écrit ou espèce d'acte d'assignation (*libellus conventionis*) (3), dans lequel le demandeur expose en bref ses prétentions, et que le magistrat fait remettre au défendeur par un *executor*. Cependant cet écrit n'est pas toujours indispensable : nous voyons que, sauf quelques cas particuliers, l'*in jus vocatio* peut se faire ou avec ou sans écrit (*sine scriptis*) (4).

2064. Il n'y a plus deux phases dans le procès, il n'y a plus à distinguer le *jus* du *judicium* : les parties rendues *in jus* sont aussi *in judicio*.

2065. Par conséquent, la *litis contestatio* ne peut plus être

---

(1) DIG. 2. 4. *De in jus vocando*, et les titres suivants. — (2) COD. THÉODOS. 2. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*, principalement 2, 4 et 6. — (3) COD. 2. 2. *De in jus vocando*, notamment const. 4. Dioclet. et Maxim. — (4) COD. 12. 1. *De dignat.* 17. § 1 const. Honor. et Théod. — Nov 123. cap. 8.

ce qu'elle était dans la procédure formulaire. C'est ici qu'il faut appliquer cette définition, insérée dans le code de Justinien, et attribuée faussement aux empereurs Sévère et Antonin (voir pag. 589, not. 3) : « Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit (1). » Elle a perdu aussi un de ses effets les plus remarquables : elle continue, sans doute, à faire naître l'obligation d'être jugé; d'où plusieurs des conséquences que nous avons déjà exposées (ci-dessus, n° 2045); mais elle n'opère plus en aucun cas de novation éteignant le droit primitif. Ce droit continue toujours de subsister (2).

2066. La sentence est aussi considérablement modifiée dans sa nature et dans ses effets.

Dans sa nature : la condamnation n'y est plus nécessairement pécuniaire; elle peut avoir directement pour objet la chose même demandée. C'est le caractère de l'autorité du magistrat (*imperium*) que de pouvoir donner des ordres et les faire exécuter par force, autant que cela est possible, non-seulement pour la dation de sommes d'argent, mais encore pour toute autre prestation. En conséquence, dans les *cognitiones extraordinariæ,* jamais le magistrat n'a été soumis à cette restriction que sa décision aurait nécessairement pour objet une dation pécuniaire. Cette restriction était exclusivement propre à la procédure formulaire. Elle est donc tombée avec elle, sans que nous lisions son abrogation dans un texte bien formel. Justinien toutefois dit positivement que la condamnation doit être, soit d'une somme d'argent (*certæ pecuniæ*), soit d'une chose (*rei*).—(Voir ci-dessus, n° 1843, avec la note 3.)

Dans ses effets, la sentence ne produit pas non plus de novation; elle n'éteint pas *ipso jure* le droit primitif que la *litis contestatio* a laissé subsister : le secours de l'exception *rei judicatæ* est nécessaire dans tous les cas.

Quant à la forme, la sentence, depuis les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, doit, à peine de nullité, être rédigée par écrit et prononcée publiquement d'après la minute (*ex periculo recitanda*) (3). Elle est ensuite insérée dans un registre *ad hoc,* revêtue de la signature du juge; et c'est de là qu'il en est, au besoin, délivré copie aux parties avec extrait du procès-verbal (4).

2067. Quant aux moyens d'exécution forcée, et aux recours ouverts contre la sentence, par voie de nullité, de restitution en entier, ou d'appel, les principes généraux que nous avons émis subsistent toujours, avec quelques modifications de détail que nous ne pouvons suivre ici.

Cet aperçu sur la procédure au temps de Justinien nous suffira, et nous pouvons maintenant passer avec assurance à l'explication

(1) Cod. 3. 9. *De litis contest.* 1.— (2) Ci-dessous, tit. 13. § 5. — (3) Cod. 7. 44. *De sententiis ex periculo recitandis,* 2 et 3. const. Valent., Valens et Gratian. — *Periculum* est ici synonyme de *tabella, libellus;* il désigne la minute, le projet arrêté de la sentence. — (4) Lydus. *De magistrat.* III. 11.

du texte des Instituts relatif aux actions. Il est à remarquer que ce texte a mis de côté tout ce qui concerne la forme ; qu'il n'envisage les actions que comme le droit même d'agir, et ne le traite que sous ce point de vue.

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

Il nous reste à parler des actions. L'action n'est rien autre chose que le droit de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû.

2068. Ceci est la définition de l'action empruntée au système formulaire, s'appliquant uniquement aux poursuites d'obligations (*quod sibi debetur*), parce que l'emploi des formules a commencé par là, et désignant le droit conféré par le magistrat de poursuivre devant un juge (*in judicio*) ce qui nous est dû (voir ci-dessus, n° 1926). Les rédacteurs des Instituts de Justinien prennent chez les jurisconsultes du temps de la procédure formulaire cette définition, et la transportent à leur époque ; tandis qu'à cette époque, l'action, considérée comme un droit et dans sa signification la plus générale, n'est autre chose que la faculté que nous avons directement et sans concession spéciale, de poursuivre devant l'autorité judiciaire ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû : tant les droits réels que les droits personnels ou d'obligation ; d'où la première et principale division des actions.

*Actions réelles* (in rem), *et actions personnelles* (in personam).— *Actions civiles ou prétoriennes, soit réelles, soit personnelles. — Actions préjudicielles.*

I. Omnium actionum quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio : quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet, tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt : veluti, si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat ; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

I. La division principale de toutes les actions portées soit devant des juges, soit devant des arbitres, pour quelque objet que ce soit, les distingue en deux classes ; elles sont ou réelles ou personnelles. En effet, ou nous agissons contre quelqu'un qui, soit par contrat, soit par délit, soit autrement, est obligé envers nous : pour ce cas nous avons des actions personnelles dont la conclusion est : qu'il faut que l'adversaire nous donne ou fasse pour nous quelque chose, et quelques autres semblables. Ou bien nous agissons contre quelqu'un qui n'est obligé en aucune manière envers nous, mais contre qui nous soulevons cependant une controverse relativement à une chose : pour ce cas ont été établies les actions réelles : par exemple, si quelqu'un possède une chose corporelle, que Titius prétend être sienne, tandis que le possesseur soutient en être propriétaire ; les conclusions de Titius étant que la chose est sienne, son action est réelle.

**2.** Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum : veluti si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones; ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi. Iste quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his agit qui non possidet; non est actio prodita per quam negat rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet,* sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

**2.** Est pareillement réelle l'action de celui qui soutient avoir le droit d'usufruit d'un fonds ou d'un édifice, le droit de passer sur le fonds du voisin, ou d'en amener l'eau. De la même nature est l'action relative aux servitudes urbaines; comme si quelqu'un soutient avoir droit d'élever sa maison au-dessus d'une hauteur donnée, le droit de prospect ou de saillie, ou le droit d'appuyer des poutres sur l'édifice du voisin. Il existe aussi, relativement aux droits d'usufruit et de servitudes rurales ou urbaines, des actions en sens contraire à celles qui précèdent : comme si nous soutenons que notre adversaire n'a pas le droit d'usufruit, de passage, d'aqueduc, le droit d'élever plus haut, celui de vue, de saillie ou d'appui. Ces actions sont aussi réelles, mais négatives. Ce genre d'action n'existe pas dans les contestations de propriété des choses corporelles; car, en pareille matière, c'est celui qui ne possède pas qui agit; quant au possesseur, il n'a aucune action pour nier que la chose soit au demandeur. *Il n'existe qu'un seul cas où celui qui possède joue néanmoins le rôle de demandeur,* ainsi qu'on pourra le voir plus à propos dans les livres plus étendus du Digeste.

2069. Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce que nous avons déjà dit (nos 1952 et suiv.) de la nature des actions *in rem* ou *in personam*, et de l'origine de leur dénomination. — Nous donnerons seulement quelques détails sur les actions réelles dont traite le § 2, et qui ont pour objet des droits de servitude.

Pour la propriété pleine et entière, l'action *in rem* ne peut se présenter que dans une seule situation, celle où la chose dont je me prétends propriétaire est en la possession d'un autre; d'où la nécessité pour moi d'attaquer le possesseur pour soutenir et prouver que la chose est à moi (1). En effet, si c'est moi qui la possède, je n'ai aucune action à intenter relativement à la propriété; il me suffit de me faire maintenir au besoin dans ma possession à l'aide des interdits (2). Ce serait à ceux qui se prétendraient propriétaires à m'attaquer et à faire preuve de leur droit.

Mais pour les droits quelconques de servitude, qui ne sont autres que des fractions du droit de propriété, il en est autrement, parce que des fragments divers sont susceptibles d'être séparés et exercés

(1) Suivant Ulpien (Dig. 6. 1. *De rei vind.* 9), on peut vendiquer vis-à-vis du simple détenteur. Voyez cependant, Cod. 3. 19, *Ubi in rem actio.* 2. Const. Constant. — (2) Dig. 43. 17. *Uti possidetis.* 1. § 6. f. Ulp. : « Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est *uti possidetis :* actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat. »

chacun par des personnes différentes. Il peut donc se présenter deux situations : — Ou bien je prétends avoir un droit de cette nature sur une chose dont un autre est possesseur; et alors ma prétention se résume en cette formule : « *Si paret jus utendi fruendi* (ou *jus eundi agendi,* ou tout autre droit) *mihi esse.* » Ou bien étant possesseur et propriétaire d'une chose, quelqu'un exerce sur cette chose un droit de servitude quelconque, et je veux faire cesser cette jouissance que je prétends n'être pas fondée. J'attaque alors celui qui exerce ce droit, et la formule de ma prétention revient, en résumé, à ceci : « *Si paret jus utendi fruendi fundo meo* (ou *jus eundi agendi,* ou tout autre droit) *adversario non esse.* » Précisément à cause de cette conception de la formule, les jurisconsultes romains appelaient l'action *in rem* pour un droit de servitude, dans le premier cas confessoire (*actio confessoria*); et dans le second négatoire (*actio negatoria* ou *negativa*) (1). — Pour la propriété, il serait ridicule et il ne servirait à rien de formuler une prétention négative en ces termes : Je soutiens qu'un tel n'est pas propriétaire de ce fonds. Il ne peut donc pas y avoir d'action négatoire. — S'il en est autrement pour les servitudes, c'est parce que, au fond, comme le fait remarquer fort bien Théophile dans sa paraphrase, la formule négatoire revient à une véritable affirmation de droit. Elle ne signifie pas autre chose que ceci : Je soutiens que tel fonds est à moi en pleine et entière propriété, et que le fragment de ce droit de propriété que s'attribue un tel m'appartient. On vendique véritablement cette fraction de la propriété, que l'on prétend en avoir été à tort détachée.

2070. Jusqu'ici nous avons supposé que celui qui réclame, soit par l'action *confessoria,* soit par l'action *negatoria,* un droit de servitude, n'a pas l'exercice, la quasi-possession de ce droit. En effet, le plus souvent ces actions sont intentées, la première contre un défendeur qui possède la chose comme libre; la seconde contre un défendeur qui exerce la servitude que le demandeur veut faire cesser. Mais ces actions pourraient-elles être intentées par celui qui a déjà l'exercice légal de la servitude qu'il vendique, ou la possession libre de sa chose, sur le seul motif qu'il serait troublé ou menacé dans sa jouissance, ou qu'il aurait crainte de l'être? En un mot, l'action confessoire ou l'action négatoire peuvent-elles être exercées même par celui qui est en quasi-possession du droit réclamé? Nous le croyons. En cela, il y a une différence marquée entre les réclamations de servitude et celle de propriété, entre la *vindicatio* des choses incorporelles et la *rei corporalis vindicatio*. Quant à cette dernière, celui qui est déjà possesseur ne peut pas l'intenter : il a les interdits pour faire respecter sa possession, et cela lui suffit (*sufficit ei quod*

(1) DIG. 8. 5. *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*. 2. pr. f. Ulp.

*possideat*). Mais la même règle ne doit pas s'appliquer, selon nous, aux vendications de servitudes. Et la raison première tient à ce principe général, qu'il n'y a véritablement pas de possession d'une chose incorporelle, telle qu'un droit de servitude. Si la jurisprudence a fini par voir une sorte de possession dans l'exercice du droit, ce n'est pas une raison pour appliquer à cette quasi-possession tous les effets de la possession véritable. Cette quasi-possession ne donnait pas dans l'origine les interdits possessoires qui y ont été, plus tard, appliqués sous la qualification d'interdits utiles (1). De telle sorte qu'à une certaine époque, bien qu'ayant l'exercice du droit, le quasi-possesseur, troublé ou menacé dans cet exercice, n'avait d'autre recours que l'action confessoire ou négatoire, et que, même après que les interdits quasi-possessoires lui eurent été concédés par utilité, il conserva le droit d'exercer ces actions, s'il le préférait (2).

2070 *bis*. Dans tous les cas, c'est au demandeur à faire la preuve. (V. M. Bonnier. *Traité des Preuves*, 4ᵉ édit., nᵒˢ 45 et suiv.)

2071. *Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet*. Les commentateurs se sont tourmentés depuis longtemps pour savoir quel est ce cas unique, qui devrait se trouver plus amplement développé dans le Digeste. Pourvu qu'on s'accorde, au fond, sur les principes, le reste est peu important. Notre savant collègue M. Ducaurroy voit ce cas unique dans celui du propriétaire qui, attaqué par l'action Publicienne, repousse cette action au moyen de l'exception *justi dominii* dont nous allons parler sous le § 4, et qui, bien qu'en possession de sa chose, est alors obligé de prouver son droit de propriété (3). Sans doute cette obligation de preuve existe pour lui; mais que ce soit le cas unique dont il s'agit dans notre texte, c'est ce qui paraît plus douteux. Le texte parle d'un cas d'action (4) : or, l'exemple cité est un cas d'exception, dans lequel nous ne voyons autre chose que l'application de cette règle générale, que celui qui oppose une exception doit en prouver le

(1) Dig. 41. 2. *De acquir. posses*. 3. pr. f. Paul. : « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. » — 8. 1. *De servitut*. 20. f. Javol... « Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt. » — 41. 1. *De adquir. rer. dom*. 43. § 1. f. Gai. : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. » — 8. 1. *De servit*. 14. f. Paul : « Servitutes... etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt : et ideo usu non capiuntur..., etc. » — Vatic. J. R. Fragm. §§ 90 et 91 : « Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur, et *unde vi*, quia non possidet. » — (2) C'est ce qui résulte d'ailleurs textuellement, selon nous, des fragments suivants : Dig. 8. 5. *Si servit. vindic*. 4. § 5. f. Ulp.; 16. f. Julian.; 8. § 5. f. Ulp.; 2. § 3. f. Ulp. d'après Pompon. — On a dû également, avant l'établissement des interdits possessoires, être obligé de recourir à l'action *in rem*, pour se faire maintenir en possession, même d'une chose corporelle. — (3) Dig. 6. 2. *De Publiciana*. 16. f Papin., et 17. f. Nerat. — (4) Théophile dit positivement : « Uno autem solo casu possessor actionem in rem movere potest : Ἑνὶ ἐν δὲ μόνῳ θέματι ὁ νεμόμενος δύναται ΚΙΝΕΙΝ τὴν... » ce qui ne laisse aucun doute sur le rôle d'*actor* qu'a le possesseur.

fondement. Quant à nous, nous partageons l'avis de ceux qui pensent qu'il s'agit tout simplement, dans le texte de notre paragraphe, du cas même dont traite ce paragraphe, c'est-à-dire du cas où le propriétaire, en possession de sa chose, exerce l'action négatoire, pour dénier un droit de servitude par lequel il est troublé ou même dont il est seulement menacé (1).

**III.** Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ecce plerumque ita permittitur in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel, ex diverso, possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

**3.** Les actions que nous venons d'indiquer, et autres semblables, tirent leur origine des lois et du droit civil. Mais il en est d'autres, tant réelles que personnelles, que le préteur a établies en vertu de sa juridiction ; il faut les faire connaître par des exemples. Ainsi le plus souvent le préteur ouvre une action réelle en permettant au demandeur de présenter comme accomplie par lui une usucapion qui réellement ne l'a pas été ; ou, en sens inverse, comme non accomplie par le possesseur, son adversaire, une usucapion qui l'a été.

2072. La division entre le droit civil et le droit prétorien est générale et se présente constamment dans le droit romain. Nous l'avons vue au sujet des personnes, de la propriété, des successions, des obligations : nous la retrouvons encore, comme point capital, au sujet des actions, qui se divisent en actions civiles et actions prétoriennes, tant les actions *in rem* que celles *in personam*.

Nous savons que les deux procédés principaux employés par les préteurs pour investir d'actions des cas non sanctionnés par le droit civil, avaient été, soit de construire la formule sur une hypothèse fictive (*fictitiæ actiones*) ; soit, plus fréquemment encore, de la rédiger *in factum* (*actiones in factum conceptæ*). — (Voir ci-dessus, n°s 1978 et 1979). Les trois paragraphes suivants nous donnent des exemples d'actions fictices *in rem*.

**IV.** Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est : si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam ; quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana

**4.** En effet, si celui à qui une chose a été livrée pour une juste cause, par exemple pour cause de vente, de donation, de dot ou de legs, vient à en perdre la possession avant d'en avoir acquis la propriété par usucapion, il n'a aucune action réelle directe pour poursuivre cette chose ; car l'action en vendication du droit civil n'est accordée qu'au propriétaire. Mais comme il était trop dur qu'il n'existât dans ce cas aucune action, le préteur en a imaginé une dans laquelle celui qui a perdu la possession dit avoir usucapé la chose, et

(1) Dig. 8. 5. *Si servit. vindic.* 6. § 1. f. Ulp. : « Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petitorem..., etc. »

appellatur, quoniam primum *a Publicio prætore* in edicto proposita est.

par conséquent la vendique comme sienne. Cette action est appelée Publicienne, parce qu'elle a été introduite pour la première fois dans l'édit *par le préteur Publicius*.

2073. Il s'agit ici de l'action Publicienne (*Publiciana*), dont nous avons déjà parlé plus d'une fois (tom. II, p. 360, note 2, n° 540, et ci-dess., n° 1979, 3°) (1). Nous avons rapporté, d'après Gaius (ci-dess., n° 1979, 3°), la formule de cette action fictice. Au moyen de la fiction qui y était contenue, cette action était donnée à l'exemple de la *rei vindicatio;* ce sont les propres termes de Paul : « *Ad exemplum vindicationis datur.* » Aussi Ulpien nous dit-il qu'elle regardait, par imitation, la propriété et non la possession : « *Ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit* » ; et qu'il fallait y observer les mêmes règles que dans la *rei vindicatio :* « *In Publiciana actione omnia erunt, quæ et in rei vindicationæ diximus* (2) : par exemple, touchant les restitutions ou le compte à faire pour les fruits, pour les accessoires, pour les impenses, pour la responsabilité des fautes. En un mot, l'action Publicienne n'était autre chose qu'une sorte de vendication utile, construite par le procédé d'une formule fictice : « *Et ita vindicat suam esse* », dit notre texte.

Sous Justinien il n'est plus question de cette rédaction formulaire, ni de l'énonciation de l'hypothèse fictice qui y était contenue. L'action a même perdu plusieurs de ses cas d'application. Mais pour ceux qui sont maintenus, les conséquences restent.

2074. En effet, il résulte de ce que nous avons dit, en traitant de l'usucapion et de la prescription (tom. II, n°° 514 et suiv.), que l'action Publicienne pouvait recevoir application dans quatre cas distincts : — 1° Lorsqu'une chose *mancipi* avait été livrée par le propriétaire (*a domino*), mais sans mancipation ni autre mode d'acquisition quiritaire; et que le possesseur en voie de l'acquérir par usucapion en avait perdu la possession avant le temps révolu de cette usucapion. N'étant pas encore *dominus ex jure Quiritium,* il ne pouvait pas exercer la *rei vindicatio* civile; le droit prétorien lui donnait la Publicienne; — 2° Lorsqu'une chose, soit *mancipi,* soit *nec mancipi,* avait été reçue par quelqu'un, en vertu d'une cause translative de propriété (*ex justa causa*), et de bonne foi, mais d'un autre que le propriétaire (*a non domino*); et que le possesseur, en voie de l'usucaper, en avait de même perdu la possession avant le temps révolu de cette usucapion; — 3° Lorsqu'il ne s'agissait pas d'usucapion, mais

(1) Voir sur ce sujet le traité de notre collègue M. PELLAT : *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et sur l'usufruit,* où se trouvent, p. 427 et suiv., une traduction et un commentaire du titre 2, livre 6, au Digeste : *De Publiciana in rem actione.* — (2) D. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul. — 6. 2. *De Publician.* 7. §§ 6 et 8. f. Ulp.

seulement de prescription commencée, ou même révolue, par exemple à l'égard des fonds provinciaux, et que celui au profit de qui courait ou s'était achevée la prescription venait à perdre la possession de la chose. Il ne pouvait pas intenter la *rei vindicatio* civile, puisque la prescription, même accomplie, ne rendait pas propriétaire; mais il avait la Publicienne; — 4° Enfin, même dans le cas de l'acquéreur qui est réellement devenu propriétaire, mais qui, ayant perdu la possession de sa chose, aime mieux intenter la Publicienne que la *rei vindicatio* civile, parce que la Publicienne ne l'oblige pas comme la *rei vindicatio* à justifier du droit de propriété de ses auteurs (tom. II, n° 540, note 1). — Sous Justinien, le premier de ces cas d'application n'existe plus, parce que la différence entre les choses *mancipi* ou *nec mancipi* est supprimée; ni le troisième, parce que l'usucapion et la prescription sont fondues ensemble : il ne subsiste que le second et le quatrième. Aussi dans les termes de l'édit rapportés au Digeste, les mots *a non domino*, qui vraisemblablement ne s'y trouvaient pas, ont-ils été intercalés par interpolation (tom. II, n° 540, note 1).

2075. L'action Publicienne ne peut avoir lieu pour les choses inaliénables; ni pour les choses furtives, ni pour l'esclave fugitif, ou tout autre objet entaché d'un vice qui empêche l'usucapion (1). Cependant elle s'applique à l'usufruit et aux servitudes tant rurales qu'urbaines, bien que la nature incorporelle de ces choses n'en permette point l'usucapion (2). Mais on admettait une certaine acquisition prétorienne par un long usage (tom. II, n° 463); et cela avait suffi, sans doute, pour leur faire appliquer la Publicienne; mais, dans cette hypothèse, comme au cas de possession de fonds provinciaux, la formule a dû être modifiée.

2076. Si l'action Publicienne, dans le second cas d'application que nous en avons indiqué, le seul qui lui soit resté propre sous Justinien, était intentée contre le véritable propriétaire, il serait contraire à l'équité, et par conséquent à la destination même de cette action, de lui faire produire son effet dans ce cas. En conséquence, le propriétaire la paralysera, en opposant une exception fondée sur ce que le domaine de la chose est à lui. C'est ce qu'on nomme l'exception *justi dominii*, dont la formule était ainsi rédigée : « *Si ea res possessoris non sit*, » ou « *si dominus ejus rei possessor non sit* (3). » La forme fictice de l'action Publicienne, qui ordonnait au juge de statuer comme si l'usuca-

(1) Dig. 6. 2. *De Publiciana in rem actione*. 9. § 5. f. Ulp. et 12. § 4. f. Paul. — *Ibid*. 11. § 1. f. Ulp. et 12. § 2. f. Paul. : « In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. » — Cod. 7. 39. *De præscriptione*. 8. const. Justinian. — Voir aussi ci-dess. tom. II, § 360, note 2. — (2) Dig. 6. 2. *De Publiciana*. 9. § 5. f. Ulp. et 12. § 4. f. Paul. — (3) *Ibid*. 16. f. Papin., et 17. f. Nerat. — Dig. 9. 4. *De noxal. act*. 28. f. Afric. — 17. 1. *Mandati*. 57. f. Papin. — 44. 2. *De except. rei judic*. 24. f. Julian.

pion avait eu lieu, exigeait ce recours à une exception si l'on voulait que les droits du véritable propriétaire, défendeur, fussent réservés. — Cette exception pourrait à son tour, dans certaines circonstances, être repoussée par diverses répliques, notamment par la réplique spéciale portant la dénomination de *replicatio rei venditæ et traditæ,* ou par la réplique de dol. Supposez, en effet, au temps où régnait encore cette distinction, une chose *mancipi* vendue, payée et livrée à l'acheteur, mais sans mancipation. Cet acheteur, avant d'avoir accompli l'usucapion (ci-dessus, n° 2074, 1°), perd la possession de la chose, laquelle retourne aux mains de son vendeur; pour la ravoir, il exerce l'action Publicienne contre celui-ci qui lui oppose l'exception *justi dominii;* mais comme il y aurait iniquité à ce que cette exception ici l'emportât, l'acheteur la repousse par la réplique *rei venditæ et traditæ,* fondée sur le fait même de la vente et de la tradition qui ont eu lieu. Il pourrait même donner à sa réplique une conception plus sévère en la formulant sur le dol commis en cela par son adversaire (*replicatio doli mali*). Au temps de Justinien cette hypothèse ne peut plus avoir d'application, mais il s'en peut présenter d'autres : comme si le véritable propriétaire, devenu héritier du vendeur, se trouve dans la même situation et se comporte de même, la même réplique *rei venditæ et traditæ,* ou bien *doli mali,* peut lui être opposée (1). — Il y a entre ces deux répliques ou exceptions cette différence importante, que celle qui articule le dol ne peut être opposée qu'à l'auteur même du dol ou à ses héritiers (ci-dess., n° 2260); tandis que l'exception ou la réplique *rei venditæ et traditæ* peut être opposée à tout ayant cause, même à titre particulier et onéreux, comme le serait, par exemple, un second acheteur (2).

Si la Publicienne est intentée contre un possesseur qui lui-même est en voie d'usucaper ou de prescrire, lequel des deux préférer? Le Digeste de Justinien conserve encore la trace d'un dissentiment à ce sujet entre les jurisconsultes romains; d'après Nératius, entre deux acheteurs *a non domino,* sans distinguer s'ils ont acheté de la même personne ou de personnes différentes (*sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio*), le préférable serait celui qui a été mis le premier en possession de la chose, parce que c'est celui-là qui s'est trouvé le premier *in causa usucapiendi*. Ulpien au contraire, d'après Julien, fait la distinction : il adopte la même décision, et tout le monde est d'accord là-dessus, lorsqu'ils ont acheté de la même personne (*ab eodem non domino*); mais lorsqu'ils ont acheté de personnes différentes (*a diversis non dominis*), ne puisant plus leur droit à la même source et ne le tenant plus

(1) Voir au Digeste le titre spécial, 21. 3. *De exceptione rei venditæ et traditæ,* moyen de défense qui s'emploie, soit comme exception, soit comme réplique, en diverses occurrences. — (2) *Ibid.* 3. f. Hermogen.

d'un auteur commun, Ulpien, d'après Julien, ne voit plus d'autre cause de préférence que celle de la possession actuelle (*melior causa sit possidentis quam petentis*) (1). C'est là sans doute un vestige laissé dans le Digeste, des divergences entre l'école des Proculéiens, que suivait Nératius, et celle des Sabiniens, à laquelle appartenait Julien.

*A Publicio prætore.* Ce Publicius est vraisemblablement Q. Publicius, qui fut préteur du temps de Cicéron (2).

**V.** Rursus ex diverso, si quis, cum reipublicæ causa abesset vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc *intra annum* rescissa usucapione eam petere, id est ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis *quibusdam et aliis* simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

**5.** En sens inverse, si quelqu'un, étant absent pour la république, ou en captivité chez l'ennemi, a usucapé la chose appartenant à un propriétaire resté dans la cité, il est permis à celui-ci, *dans l'année* du retour de celui qui a usucapé, de vendiquer la chose en faisant rescinder l'usucapion, c'est-à-dire en disant que cette usucapion n'a pas eu lieu, et que, par conséquent, la chose est restée sienne. Ce genre d'action est accordé par le préteur, par de semblables motifs d'équité, *dans quelques autres cas*, ainsi qu'on peut le voir dans les livres plus étendus du Digeste ou des Pandectes.

2077. Il s'agit encore ici d'une vendication utile au moyen d'une formule fictice. Dans le paragraphe qui précède, la fiction prétorienne consiste à supposer accomplie une usucapion qui ne l'a pas été ; dans celui-ci, au contraire, elle consiste à supposer non accomplie une usucapion qui l'a été. La première est au profit du possesseur qui n'a pas encore usucapé la chose ; la seconde, en sens inverse, au profit du propriétaire dont la chose a été usucapée. Le préteur donne à cet ex-propriétaire, dans certaines circonstances et pour certains motifs particuliers, l'action réelle en vendication, construite sur l'hypothèse fictice que l'usucapion n'aurait pas eu lieu. Ainsi cette usucapion est considérée comme non avenue ; elle est rescindée (*rescissa usucapione*). Il y a une sorte de *restitutio in integrum*, au moyen d'une action rescisoire, selon la qualification donnée à ces sortes d'actions d'après ces expressions des textes : *rescissa usucapione.*

2078. Cette action fictice, dont l'effet est de rescinder une usucapion accomplie, se présente dans deux situations différentes.

1° Pendant qu'un propriétaire est éloigné par crainte raisonnable (*metu*), ou pour un service public (*reipublicæ causa*), ou parce qu'il est détenu dans les fers, en servitude, en captivité chez l'ennemi (*inve vinculis, servitute, hostiumque potestate*), il peut se faire qu'une chose qui lui appartient soit acquise par

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 31. § 2. f. Nerat. : « Is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. — 6. 2. *De Public. in rem. act.* 9. § 4. f. Ulp. — (2) Cicer. *Pro Cluent.* 45.

usucapion : et cela pouvait arriver fréquemment à l'époque où le délai de l'usucapion n'était que d'un an ou de deux ans. Le préteur, prenant en considération l'impossibilité de défendre ses droits, dans laquelle a été le propriétaire par suite de son absence, fera rescinder cette usucapion, au moyen de l'action réelle fictice qu'il lui donnera. Cette action est donnée ici pour protéger l'absent : aussi fallait-il que l'absence fût motivée sur une juste cause, telle que celles que nous avons énumérées (1).

2079. 2° Mais il peut arriver aussi que ce soit le possesseur en voie d'usucaper la chose d'autrui qui soit absent. Le propriétaire, par suite de cette absence, peut être dans l'impossibilité d'arrêter l'usucapion; car, ainsi que nous l'avons déjà vu (ci-dessus, n° 2036), dans la procédure des Romains l'*in jus vocatio* ni la *litis contestatio* ne peuvent avoir lieu contre celui qui est absent et qui n'est défendu par personne, ni *procurator*, ni *cognitor*, même se cachât-il, se mît-il frauduleusement hors de l'atteinte de cette *in jus vocatio*. Le préteur pouvait bien employer des moyens indirects pour le contraindre à se présenter, tels que la *missio in possessionem* (ci-dessus, n° 2021) ; mais enfin, si par un motif quelconque il ne se présentait pas, l'action était impossible. L'usucapion, en cas pareil, s'accomplissait au profit de l'absent sans qu'il y eût moyen de l'interrompre. Mais le préteur fera encore rescinder cette usucapion, en donnant au propriétaire l'action réelle fictice. — Cette action, dans ce cas, a pour but de protéger le propriétaire contre l'absent : elle a donc lieu quel que soit le motif de l'absence. Notre texte ne parle, il est vrai, que de l'absence pour la république ou par suite de captivité; mais il en serait ainsi, à plus forte raison, si l'absence était frauduleuse ou dénuée de tout motif légitime (2).

2080. Il a été communément reçu parmi les commentateurs, jusqu'à ces derniers temps, que l'action fictice dont nous venons de parler, donnée en rescindant une usucapion accomplie, se nommait aussi *Publicienne*; pour la distinguer de la précédente, on qualifiait celle-ci d'*action Publicienne rescisoire*, la considérant comme une action spéciale *sui generis*; de sorte qu'il y aurait eu deux sortes de Publiciennes, la Publicienne ordinaire et la Publicienne rescisoire, la contre-partie pour ainsi dire l'une de l'autre. — La qualification de *Publicienne rescisoire* est exacte; elle s'appuie principalement sur deux textes du Digeste, où il est question, en effet, de Publicienne, *quæ rescissa usucapione redditur*; et elle se rencontre en propres termes (Πουϐλικιανὴν ῥεσχισσορίαν, Publicienne rescisoire) dans une explication que donnait de l'un de ces textes Dorothée, le professeur de Béryte,

(1) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major. in integr. restit.* 1. § 1. f. Ulp., où nous trouvons les termes de l'édit; voir aussi les lois 2. 9. 13. 14 et 15 au même titre. — (2) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1. f. Ulp. 21. pr., et §§ 1 et 2; 22. 23. pr. et § 4; 25. 26. §§ 2 et 3.

collaborateur de Tribonien (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n° 461), et qui a été insérée comme scholie du passage correspondant dans les Basiliques (1). — Mais ce qui n'est pas exact, c'est qu'il y eût là une seconde sorte de Publicienne spéciale, et qu'il fallût voir en elle la dénomination particulière de l'action rescisoire dont parle notre paragraphe. Depuis que M. de Savigny a contesté cette dénomination, faisant remarquer qu'elle n'est indiquée ni par Gaius ni par notre paragraphe des Instituts, et donnant des deux textes invoqués une explication de laquelle il résultait qu'il s'agit, dans ces deux textes, d'une application de la véritable Publicienne, l'opinion courante a changé (2). On refuse généralement aujourd'hui le nom de Publicienne à l'action dont parle notre paragraphe, et on la désigne uniquement, d'après sa qualité, sous le nom d'action rescisoire, qui se rencontre dans un fragment d'Ulpien (*exemplo rescissoriæ actionis... In actione rescissoria*) (3).

Voici comment nous croyons devoir expliquer ce point. Le propriétaire dont la chose a été usucapée et qui peut obtenir du préteur la rescision de cette usucapion pour cause d'absence, a, comme tout propriétaire, afin de se faire restituer cette chose, deux actions à sa disposition, soit la *rei vindicatio*, soit la *Publicienne*, qui lui évitera les embarras de justifier du droit de propriété de ses auteurs (ci-dess., n° 2074, 4°). Cette dernière action sera même la seule qui lui sera ouverte, si on suppose qu'il tenait cette chose *a non domino* et qu'au moment où elle a passé en la possession d'autrui il n'en avait pas encore accompli l'usucapion. Ce sont ces deux actions qui peuvent lui être données, l'une ou l'autre, au moyen de la rescision de l'usucapion dont il a été victime (*rescissa usucapione*). Suivant qu'il fera choix de l'une ou de l'autre, il exercera donc soit une *rei vindicatio rescissoria*, soit une Publicienne *rescissoria*; la qualité de *rescisoire* appartient, en semblable hypothèse, à l'une comme à l'autre de ces actions; l'une et l'autre ne sont données par le préteur que *causa cognita*, puisqu'il s'agit d'une sorte de restitution contre une usucapion accomplie; en un mot, l'une et l'autre sont, à notre avis, des actions utiles : soit une *rei vindicatio utilis*, soit une *Publiciana utilis*, construites chacune sur une formule fictice, à savoir que l'usucapion accomplie n'aurait pas eu lieu (4). — L'action rescisoire dont parle notre paragraphe est la *rei vindicatio*

(1) D. 17. 1. *Mandat.* 57. f. Papin. : « ... ex Provincia reversum, Publiciana actione non (*in*)utiliter acturum, » avec la scholie 5 du passage correspondant des Basiliques, édition de Heimbach. — D. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul. : « Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur... etc. » — (2) Voir le *Traité de droit romain* de M. de Savigny, t. VII, p. 193 et suiv. de la traduction, et les savants développements donnés à la même opinion par notre collègue M. Pellat, dans son Traité sur la propriété et l'usufruit, p. 575 et suiv. — (3) D. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 28. §§ 5 et 6. f. Ulp. — (4) Le dernier point, sur lequel nous osons nous séparer d'une manière de voir consacrée par l'autorité de M. de Savigny et généralement adoptée depuis,

(ita *petere* ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id *suam rem esse*). Quant à la Publicienne, outre le fragment de Paul rapporté ci-dessus (note 1 du présent numéro), qui la dénomme textuellement (*cum rescissa usucapione redditur*), elle se trouve nettement précisée dans cette scholie des Basiliques, tirée de Stéphane, que nous citerons d'après notre collègue M. Pellat et dans la traduction même qu'il en a donnée : « La Publicienne n'est pas accordée seulement à celui qui, avant l'usucapion, a perdu la possession de la chose, mais elle est encore donnée à l'ancien propriétaire, quand un autre a usucapé la chose, afin de rescinder l'usucapion accomplie (1). »

---

est ce qui concerne cette Publicienne rescisoire. — Nous ne croyons pas que par cela seul qu'une personne a été une fois dans les conditions voulues pour avoir la Publicienne, cette Publicienne continue toujours de lui appartenir, quoique la chose ait passé depuis en la propriété d'un autre, de telle sorte qu'elle aurait droit à la Publicienne *in æternum*, quels que fussent les changements de propriété survenus depuis, même de son chef. — Nous ne croyons pas que l'exception *justi dominii* fût nécessaire au propriétaire nouveau pour repousser une semblable Publicienne; il lui suffit d'en contester l'*intentio*, et il n'a besoin pour cela d'aucune exception; en effet, on aura beau supposer l'usucapion accomplie en son temps, la conclusion de cette *intentio* : « TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET » ne se trouvera pas vérifiée, puisque le demandeur, même en cette hypothèse, ne devrait pas être reconnu propriétaire, la propriété ayant passé depuis en d'autres mains. Il en est ici de même qu'il en serait d'une *rei vindicatio* intentée par un ancien propriétaire qui, depuis, aurait cessé de l'être. A notre sens, c'est pour la protection des droits de propriété antérieurs à l'usucapion supposée accomplie, que l'exception *justi dominii* est nécessaire, suivant les exemples que nous en avons donnés ci-dessus (n° 2076), mais non pour celle des droits de propriété survenus depuis, puisque ceux-ci ne sont pas touchés par la formule de l'*intentio*. — Nous ne croyons pas que l'exception *justi dominii* soit, par elle-même, une exception qui ne se donne que *causa cognita;* nous croyons qu'elle est au nombre de celles que le défendeur propose à ses risques et périls et fait insérer dans la formule sans *causæ cognitio prétorienne*, sauf l'obligation à lui d'en faire la preuve devant le juge : c'est la rescision d'une usucapion accomplie qui, étant une sorte de restitution, sous quelque forme qu'elle soit accordée par le préteur, ne le sera que *causa cognita*. — Notre conclusion de tout ceci est donc, que lorsque la chose de l'absent a été usucapée, s'il intentait la Publicienne ordinaire, sans modification de la formule, il succomberait infailliblement, par cela seul que son *intentio* ne se trouverait pas justifiée, de même que s'il intentait une *rei vindicatio* ordinaire. Il a donc besoin, pour la Publicienne, de même que pour la *rei vindicatio*, que le préteur la lui accorde avec une modification de la formule, laquelle consiste à rescinder l'usucapion *causa cognita*. C'est ainsi que la Publicienne peut lui être donnée utilement, de même que la *rei vindicatio;* et c'est ce que dit Ulpien en propres termes : « *Publiciana... cum rescissa usucapione redditur* », de même que notre paragraphe le dit de la *rei vindicatio* : « *Permittitur domino... rescissa usucapione eam petere*. Il y a un parallélisme complet entre ces deux actions, qui sont susceptibles de s'appliquer, chacune par le même procédé de rescision, à la même situation. — Nous n'attribuons ce qui est dit de l'exception *justi dominii*, dans le fragment 57 de Papinien, liv. 17, titre 1, *Mandati*, au Digeste, qu'aux particularités de cette espèce; mais nous nous refusons à en faire la règle générale de cette *Publicienne rescisoire*, qui se présente à nous, pour les cas usuels, avec un jeu de procédure moins compliqué.

(1) Traité sur la propriété et sur l'usufruit, de M. PELLAT, p. 586, note 8, à

La situation des parties pourrait être telle que le préteur, pour restituer contre l'usucapion accomplie, employât un autre moyen que celui d'une action rescisoire, savoir le moyen d'une exception. Cela arrivera si l'on suppose que l'ex-propriétaire, dépouillé par l'usucapion, a repris néanmoins la possession de la chose, et que celui par qui cette chose a été usucapée l'attaque en vendication. Le préteur donnera à l'ex-propriétaire, toujours *causa cognita*, une exception pour se défendre contre cette attaque (1).

2080 *bis*. La *rei vindicatio rescissoria*, ou la Publicienne *rescissoria*, se donnaient, suivant ce que nous avons dit aux n°s 2078 et 2079, en deux cas d'application divers : l'un fondé sur l'absence légitime du propriétaire; l'autre sur une absence quelconque du possesseur. Ce dernier cas est le seul dont parle notre paragraphe des Instituts; et cependant c'est celui dont l'application devint inutile sous Justinien, parce que cet empereur donna au propriétaire un moyen facile d'interrompre l'usucapion contre le possesseur absent, à l'aide d'une protestation faite soit par comparution, soit par libelle, devant le président; soit même par écrit devant l'évêque, le défenseur de la cité; ou, à défaut, avec la souscription de trois témoins (2).

2081. *Intra annum*. L'action rescisoire, ayant pour but de faire détruire un effet du droit civil, avait été limitée par le préteur à la durée d'une année; et ceci était vrai soit pour la *rei vindicatio rescissoria* dont parle notre paragraphe en ces mots *intra annum*, soit pour la Publicienne *rescissoria* pour laquelle le jurisconsulte Paul, dans un fragment au Digeste, nous en dit autant (3). Cette année devait commencer à courir du jour où l'obstacle qui empêchait d'agir avait cessé. « Intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit », disait l'édit (4). Cette année était l'année utile (5), que Constantin remplaça, dans certains cas de restitution, par divers délais continus (6), et à laquelle Justinien substitue généralement le terme de quatre ans continus, applicable par tout l'empire, et pour toutes les restitutions soit de mineurs, soit de majeurs (7). (Ci-dess., n° 2016).

2082. *Quibusdam et aliis*. Cette phrase fait allusion à divers

---

propos de la scholie 5 des Basiliques, dont il a été déjà question ci-dessus, note 1 du présent numéro. — (1) « Exemplo rescissoriæ actionis, etiam exceptio ei qui Reipublicæ causa abfuit competit : forte, si res ab eo possessionem nacto vindicentur. » (Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major*. 28. § 5. f. Ulp.) — (2) Cod. 7. 40. *De annal. except*. 2. const. Justinian. — (3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act*. 35. f. Paul. : « Item (*etiam post annum datur*) Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur; quia contra jus civile datur. » — (4) Dig. 4. 6. *Ex quib caus. maj*. 1. § 1. *in fine*. — (5) Cod. 2. 51. *De restitut. milit*. 3. const. Alexand. — (6) Cod. Theodos. 2. 16. *De in integr. restit*. 2. const. Constant. — (7) Cod. 5. 53. *De tempor. in integr. restit*. 7. const. Justinian. Néanmoins, pour l'action de dol, le délai de deux ans qu'avait établi Constantin fut maintenu dans le Code de Justinien, Cod. 2. 21. *De dolo malo*. 8. const. Constant.

autres cas de restitution *in integrum* qui peuvent également s'opérer au moyen d'une action réelle fictice et rescisoire. Tel est le cas, par exemple, où une aliénation ayant été faite soit par un mineur de vingt-cinq ans qui a été lésé, soit par un majeur de vingt-cinq ans agissant sous l'empire de la crainte, cette aliénation, bien que valable selon le droit civil, peut être rescindée au moyen d'une action réelle fictice, que le préteur donnera au mineur ou au majeur contre tout détenteur, et qui sera construite sur l'hypothèse fictive que l'aliénation n'aurait pas eu lieu (1). (Ci-dess., nos 2015 et suiv.).

**VI.** Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit : bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

**6.** Pareillement, si un débiteur a aliéné par tradition une chose en fraude de ses créanciers, ceux-ci peuvent, après s'être fait envoyer par le président en possession des biens de leur débiteur, vendiquer cette chose en faisant rescinder la tradition, c'est-à-dire en disant que la chose n'a pas été livrée, et que, par conséquent, elle est restée dans les biens du débiteur.

2083. L'action dont il s'agit ici est absolument de la même nature que les précédentes : c'est une action réelle fictice et rescisoire. Elle se nomme, dit Théophile dans sa paraphrase, action Paulienne. — Les affranchissements faits en fraude des créanciers étaient nuls selon le droit civil, puisqu'une loi spéciale, la loi ÆLIA SENTIA, l'avait ainsi formellement ordonné (tom. II, nos 70 et suiv.). Mais il n'en était pas de même pour les aliénations : aucune disposition du droit civil ne les frappait de nullité, bien qu'elles eussent été faites en fraude des créanciers ; elles restaient donc valables selon la rigueur de ce droit. Mais l'édit du préteur était intervenu et avait fourni un moyen de faire rescinder ces aliénations. Quand les créanciers avaient été envoyés en possession des biens du débiteur (*bonis a creditoribus possessis*) et qu'ils se trouvaient ainsi investis de l'exercice de ses droits, le préteur, rescindant la tradition, l'aliénation qui avait été faite (*rescissa traditione*), leur donnait, contre tout détenteur des choses aliénées frauduleusement, l'action en vendication, avec une *formula fictitia*, construite sur l'hypothèse fictive que cette chose n'aurait pas été livrée, aliénée. Telle est l'action dont traite notre paragraphe. — Nous savons, du reste, par ce que nous avons déjà dit des affranchissements (tom. II, nos 70 et 75), ce qu'il faut entendre par aliénations faites en fraude des créanciers : nous savons qu'il y faut le fait et l'intention (*eventus et consilium*); le fait de l'insolvabilité et l'intention de frustrer les créanciers.

---

(1) DIG. 4. 4. *De minor.* 13. § 1. f. Ulp. — DIG. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 4. f. Ulp. — Voir ci-dessus, nos 2015 et suiv., ce que nous avons dit des restitutions *in integrum*.

2084. Ce que nous venons de dire ne laisse aucun doute possible sur la nature de l'action Paulienne dont parle notre paragraphe. C'est une action *in rem;* Théophile le dit formellement dans sa paraphrase; notre texte le dit aussi par ces mots: *eam rem petere;* l'objet, du reste, de ces divers paragraphes, c'est d'exposer les actions réelles prétoriennes : les actions *in personam* viendront plus bas, à partir du § 8. Enfin, ce qui est plus décisif, maintenant que Gaius nous a fait connaître dans leur teneur les formules fictices (ci-dessus, n° 1979) nous savons parfaitement ce que c'est qu'une action en vendication construite sur une pareille formule.

2085. Toutefois, cette action Paulienne *in rem* n'est indiquée, dans tout le corps du droit de Justinien, que par notre paragraphe : hors de là elle n'apparaît plus nulle part. A sa place, et sous le même nom d'action Paulienne (1), nous trouvons une action *in personam,* conçue *in factum,* et arbitraire, qui est donnée pour faire révoquer, non-seulement les aliénations, mais tout acte fait par le débiteur en fraude de ses créanciers, au moyen duquel il aurait diminué son patrimoine, tels que des acceptilations ou autres remises de dettes qu'il aurait faites, des obligations frauduleuses qu'il aurait contractées; mais non des répudiations d'hérédité ou de legs, parce qu'ici il ne s'appauvrit pas, mais il manque seulement de gagner (2). L'action est donnée, non pas contre tout détenteur, car elle n'est pas *in rem,* mais seulement contre le débiteur qui a fraudé, et contre les personnes, qui, traitant avec le débiteur, avaient connu la fraude, bien qu'elles ne possèdent plus; ou même contre celles qui, n'ayant pas connu cette fraude, avaient reçu de lui des biens à titre gratuit : dans ce dernier cas, l'action était donnée jusqu'à concurrence de ce dont avaient profité les donataires (3).

2086. En somme, les créanciers envoyés en possession des biens de leur débiteur ont eu, pour faire révoquer les actes faits en fraude de leurs droits, deux sortes d'actions Pauliennes, qu'il ne faut pas confondre l'une avec l'autre : — 1° L'action *Pauliana in rem,* qui ne s'appliquait qu'au cas d'aliénation, et qui n'était autre chose qu'une *rei vindicatio* construite sur une *formula fictitia,* à l'aide de laquelle ils poursuivaient et réclamaient dans les mains de tout détenteur les choses aliénées frauduleusement; celle-ci est sans doute la plus ancienne, et a peut-être fini par être moins fréquemment accordée par le préteur; — 2° L'action *Pauliana in personam,* qui s'appliquait à tous les actes frauduleux, et se donnait contre le débiteur, contre les complices de sa

(1) Dig. 22. 1. *De usur*. 38. pr. et § 4. f. Paul. — (2) Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit*. 1. § 2. f. Ulp.; 3 et 6. pr. et §§ 1. 2 et suiv. f. Ulp. — (3) Dig. 6. § 11. f. Ulp.; 9. 10. § 2 et 25. f. Ulp.; 14. f. Ulp.; 25.

fraude, ou contre ceux qui en avaient profité à titre gratuit, même lorsqu'ils ne possédaient plus (1).

**VII.** Item Serviana, et quasi-Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius *prætoris jurisdictione* substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis *de rebus coloni*, quæ, pignoris jure, pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi-Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

**7.** L'action Servienne et l'action quasi-Servienne, appelée aussi hypothécaire, descendent également de la juridiction même du préteur. L'action Servienne s'exerce sur les choses du colon, qui sont affectées, à titre de gage, au payement des fermages. L'action quasi-Servienne est celle par laquelle les créanciers poursuivent leurs gages ou leurs hypothèques. Quant à l'action hypothécaire, il n'y a pas de différence entre un gage et une hypothèque; car l'une et l'autre dénomination s'applique également aux choses qu'un créancier et un débiteur sont convenus d'affecter au payement de la dette; mais le gage et l'hypothèque diffèrent sous d'autres rapports. En effet, le nom de gage a été attribué spécialement à l'objet affecté à la dette, qui a été remis aux mains du créancier, surtout si cet objet est mobilier. Si au contraire l'affectation s'est faite sans tradition, par la seule convention, elle s'appelle hypothèque.

2087. Nous avons déjà considéré le gage comme contrat (ci-dessus, n°s 1225 et suiv.); ici il est envisagé sous le rapport du droit réel qu'il confère au créancier. Sous ce rapport, il faut traiter à la fois du gage (*pignus*) et de l'hypothèque (*hypotheca*), auxquels se réfère, mais uniquement comme question de rang, dans certains cas particuliers, la notion de ce qu'on a nommé, chez les modernes, un privilége (2).

2088. Dans le droit primitif, celui qui, pour faire des emprunts ou pour sûreté de toute autre obligation, désirait obtenir crédit, confiance, transférait par la mancipation, au créancier, la propriété de quelque objet, de la totalité ou d'une partie de ses biens : mais avec un contrat accessoire, le contrat de fiducie (*sub fiducia*), la loi de rémancipation (*sub lege remancipationis*) : en vertu duquel le créancier, une fois la dette acquittée, était tenu de lui retransférer la propriété. Dans ce cas, et sauf les conséquences du contrat de fiducie, le créancier devenait propriétaire,

(1) C'était ainsi que dans le cas de violence, celui qui en avait été la victime avait, soit une action fictice et rescisoire *in rem*, en cas d'aliénation; soit, s'il le préférait, et pour tout objet quelconque, l'action personnelle au quadruple, *Quod metus causa* (Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. §§ 3. 4. et 6. f. Ulp.). — (2) Dig. 20. tit. 1. *De pignoribus et hypothecis*, et titre suiv. — Cod. 8. tit. 14. *De pignoribus et hypothecis*, et tit. suiv. — On peut voir, sur la matière, les textes dont notre honorable collègue M. Pellat a publié la traduction, et qu'il a fait suivre aussi de la traduction d'un traité succinct sur le même sujet, par M. Fr. Ad. Schilling. Paris, 1840, in-8.

*dominus ex jure Quiritium*, il avait la *rei vindicatio* : toutefois des adoucissements étaient apportés, en pratique, à ce principe abstrait de la propriété du créancier, de manière, à l'aide soit du *precarium*, soit du compte des fruits, à réserver au débiteur les revenus ou même la possession de la chose attribuée au créancier. L'engagement *per æs et libram* ou le *nexum* de la personne même du débiteur était dans cette nature de contrat. On voit par les textes de Gaius et même de Paul qu'à leur époque la pratique de l'engagement des choses avec fiducie se rencontrait encore, en présence des autres genres de sûreté qui tendaient à la faire disparaître (1).

Pour éviter au débiteur la dureté et les risques d'une pareille aliénation, le créancier se contenta de la simple remise d'un objet qu'il détint pour sûreté de sa créance. Ce fut là l'origine du gage (*pignus*). Mais, dans le principe, les droits du créancier furent uniquement attachés à la détention de la chose; s'il venait à en perdre la possession, il n'avait aucune action *in rem* contre les tiers détenteurs.

2089. Un préteur, nommé SERVIUS, dont nous ne connaissons pas l'époque, mais qui paraît antérieur à Cicéron, et qu'on a confondu à tort avec le célèbre Servius Sulpicius, contemporain du grand orateur, fut le premier qui accorda, contre les tiers détenteurs, une action prétorienne *in rem*, mais seulement dans un cas tout spécial, savoir, au locateur d'un fonds rural, relativement aux choses engagées par le fermier (*colonus*) pour sûreté du prix du fermage. Cette action prit, du préteur qui l'avait introduite, le nom d'action Servienne (*Serviana actio*) (2).

2090. Étendue par les préteurs suivants à tout autre cas de gage, elle se nomma action quasi-Servienne (*quasi-Serviana actio*).

2091. Enfin, le droit prétorien fit le dernier pas, en admettant que par la simple convention, sans faire au créancier aucune tradition de l'objet affecté au payement de la créance, on pourrait lui conférer sur cet objet le même droit réel que si on le lui avait remis en gage (3) : c'est-à-dire le droit de le faire vendre au besoin, et de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers, avec l'action réelle *quasi-Serviana* contre les tiers détenteurs. C'est ce droit réel qui porte le nom d'*hypotheca*, et l'action celui de *quasi-Serviana* ou *hypothecaria actio*. Cette institution prétorienne offrit une anomalie particulière dans le

---

(1) GAI. 2. §§ 59 et 60. — PAUL. *Sentent.* 2. 13. §§ 1 et suiv. — (2) Il paraît que l'usage de faire engager par le fermier les choses par lui apportées pour l'exploitation du fonds était ancien et général chez les Romains, puisque CATON, *De re rustica*, 146, dit déjà : *Quæ in fundo illata erunt, pignori sunto.* » — (3) DIG. 20. 1. *De pig.* 4. f. GAI. : « Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, *ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.*

droit romain, celle d'un droit réel constitué par la seule convention; mais elle fournit un moyen bien commode de crédit, puisque le débiteur pouvait par là donner en garantie, au créancier, une chose sans se priver ni de son usage, ni de sa possession. L'hypothèque existait déjà du temps de Cicéron, qui la mentionne dans ses écrits, mais pour des biens situés dans l'Asie Mineure (1).

2092. Le gage et l'hypothèque diffèrent donc en ce sens que dans l'un il y a remise de la chose au créancier, et dans l'autre simple convention; mais, du reste, le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers, et le droit de suite au moyen de l'action *quasi-Serviana* contre les tiers détenteurs, existent et sont les mêmes dans l'un comme dans l'autre cas; de telle sorte que, sous ce rapport, c'est avec raison que les jurisconsultes romains ont écrit : « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt (2). » Aussi les deux expressions sont-elles souvent prises l'une pour l'autre, et l'on peut dire que dans tout gage il y a une hypothèque, comme dans toute hypothèque il y a un gage. (App. 3, liv. 4.)

2093. Toute chose susceptible d'achat et de vente peut être donnée en gage ou hypothéquée, sans distinguer, comme chez nous aujourd'hui, entre les meubles et les immeubles : — tant les choses corporelles que celles incorporelles, comme un usufruit, une créance : il y a cependant des distinctions à faire quant aux servitudes prédiales; — tant les choses particulières (*singulares*) que les universalités (*rerum universitates*); on peut même convenir que l'hypothèque frappera tous les biens présents et à venir de celui qui la consent; « *omnia bona quæ habet quæque habiturus est* (3) » : en termes modernes hypothèque *générale*, par opposition à l'hypothèque *spéciale*.

2094. La nature du gage et de l'hypothèque est telle, que le droit existe en totalité, pour toute la créance et pour tous ses accessoires, non-seulement sur l'ensemble de la chose hypothéquée, mais sur chacune de ses parties et de ses accessoires. De telle sorte que s'il y a, par exemple, payement partiel, ou division de la dette ou de la créance, la chose n'en reste pas moins hypothéquée en totalité pour le reliquat ou pour chaque fraction de ce qui est dû; ou si, à l'inverse, la chose vient à périr en partie ou à être divisée, chaque fraction de cette chose n'en reste pas moins engagée pour la totalité de ce qui est dû. C'est ce qu'on exprime en disant que l'hypothèque est indivisible.

2095. Les droits du créancier gagiste ou hypothécaire consistent : 1° Dans le droit de faire vendre la chose (*jus vendendi seu*

(1) Cicér. *Ad familiar.* XIII. 56. — (2) Dig. 20. 1. *De pignor. et hyp.* 5. § 1. f. Marcian. — (3) Dig. 20. 1. *De pignor.* 9. § 1. f. Gai. 13. pr. f. Marcian.; 15. pr. f. Gai. 29. pr. et § 3. f. Paul. 34. § 2. f. Scævol. — Cod. 8. 17. *Quæ res pign. oblig. poss. vel non.* 4. const. Alexand.

*distrahendi*); 2° dans le droit d'être payé sur le prix, de préférence aux autres créanciers; 3° dans le droit de suite contre les tiers détenteurs pour garantie et exercice des droits qui précèdent.

2096. 1° Le droit de faire vendre la chose (*jus vendendi seu distrahendi*) paraît ne pas avoir existé dans la première origine du gage, qui se bornait alors à une simple faculté de rétention; mais, par le développement de l'institution, il est devenu de règle essentielle, et le pacte contraire *ne vendere liceat* n'enlèverait pas ce droit au créancier hypothécaire (tom. II, n° 601). La vente ne peut être faite qu'à l'échéance de la dette, pour la créance hypothéquée seulement, et dans les formes réglées par la convention, ou, à défaut, dans celles déterminées par les lois (1). La clause nommée *lex commissoria,* par laquelle le créancier et le débiteur conviendraient que, faute de payement dans un certain délai, la chose engagée serait acquise sans aucune vente au créancier, avait été prohibée par la jurisprudence romaine, comme pouvant conduire à une spoliation préjudiciable au débiteur. — Ce droit de faire vendre n'est pas dans le droit romain, comme dans le droit moderne, un droit commun à tous les créanciers quelconques; il est bien la conséquence du gage ou de l'hypothèque, car nous savons que le droit civil, sauf quelques cas particuliers, ne donnait de moyens de contrainte au créancier que contre la personne et non contre les biens du débiteur (ci-dess., n° 1883); et ceux qu'introduisit plus tard le préteur (n°° 2028 et suiv.) différaient encore considérablement du droit de faire vendre, accordé au créancier gagiste. Cette remarque est essentielle pour bien concevoir la nature particulière du gage et de l'hypothèque chez les Romains.

2097. 2° Le droit de préférence offre une matière importante à étudier. S'il n'y a qu'un créancier gagiste ou hypothécaire à qui la chose ait été engagée; aucune difficulté ne se présente, tout se borne pour lui au droit de faire vendre et au droit de suite, personne ne peut lui disputer son rang, il est préféré à tous. Mais la même chose peut être hypothéquée à plusieurs créanciers, ou donnée en gage à l'un et hypothéquée à plusieurs autres : dans ce cas, il y a concours de créanciers hypothécaires sur un même objet, et si le prix ne peut satisfaire au payement de tous, il s'agit de régler dans quel ordre ils seront préférés les uns aux autres (2). — La règle générale du droit romain, c'est que le rang des gages ou hypothèques se détermine par la date de leur établissement; le premier en date est le premier en rang : « *Potior tempore, potior jure,* » telle est la maxime déduite d'une constitution de l'empereur Antonin (3). Et cela sans distinction entre le gage et l'hypothèque, de telle sorte que le créancier hypothécaire, qui

(1) DIG. 20. 5. et COD. 8. 28. *De distractione pignorum et hypothecarum.* — (2) DIG. 20. 4. et COD. 8. 18. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur.* — (3) COD. 8. 18. *Qui potior.* 4. const. Anton. Voir aussi, au même titre, les constitutions 2 et 8; et au Digeste, 20. 4. *Qui potior.* 2. f. Papin. et 8. f. Ulp.

n'a pas été mis en possession de la chose, mais qui est antérieur en date, est préféré même au créancier gagiste, à qui la chose a été livrée, mais qui lui est postérieur (1).

2098. Toutefois, il est certaines hypothèques auxquelles, par exception, et indépendamment de leur date, un droit spécial de préférence a été accordé, qui prennent rang, non pas d'après l'époque de leur établissement, mais d'après le degré de faveur dont elles jouissent, et qui priment ainsi même les hypothèques établies avant elles. De ce nombre sont principalement : l'hypothèque du fisc, pour les impôts arriérés et pour quelques autres créances (2); celle de la femme orthodoxe pour ses créances dotales (3); celle de ceux qui ont fait des dépenses pour l'utilité ou pour la conservation de la chose même hypothéquée (4), et plusieurs autres que nous nous abstenons d'indiquer, bien qu'on retrouve en plusieurs d'elles le germe de dispositions qui ont passé dans la jurisprudence moderne. Ici, la question de rang n'est plus une question de date, c'est une question de droit. Les modernes ont donné aux hypothèques qui jouissent de cette préférence, le titre d'hypothèques *privilégiées* ou le nom de *priviléges* : dénominations cependant que les Romains n'ont pas employées dans ce sens technique et spécial. On voit par là que ce que nous nommons aujourd'hui un privilége chez les Romains n'est pas un droit à part, d'une nature particulière : ce n'est qu'une considération pour assigner, dans certains cas, le rang de certaines hypothèques; voilà d'où est venue l'habitude de dire que dans tout privilége il y a une hypothèque, ce qui n'est plus complétement exact chez nous (5). Même

(1) Dig. 20. 1. *De pignor*. 10. f. Ulp. — (2) Cod. 4. 46. *Si propt. publ. pension*. 1. const. Anton. — Dig. 49. 14. *De jur. fisc*. 28. f. Ulp. — (3) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 12. const. Justinian. — Novell. 97. c. 3. — (4) Dig. 20. 4. *Qui potior*. 5. 6 et 7. f. Ulp. — Cod. 8. 18. *Qui potior*. 7. const. Diocl. et Max. — Novell. 97. c. 3 et 4. — (5) Nos étudiants sont souvent embarrassés pour donner, en droit français, la notion distincte du privilége et de l'hypothèque; et ils sont en cela égarés par la définition inexacte qu'ils en trouvent dans notre Code civil (art. 2045 et 2114). L'hypothèque n'est autre chose qu'un droit de préférence qui donne rang par sa date; et le privilége un droit de préférence qui donne rang par sa qualité. C'est exclusivement dans la manière de fixer le rang que gît la différence entre l'hypothèque et le privilége. Dans l'hypothèque il n'y a qu'une loi commune pour tous, celle du temps, tant mieux pour celui qui est venu le premier, personne n'a à se plaindre, c'est une loi d'égalité. Dans le privilége il y a une loi privée (*privata lex*), une loi spéciale pour chaque privilége, qui lui assigne son rang par une considération de faveur plus ou moins grande, c'est une loi d'inégalité : loi qui n'est juste qu'autant que cette préférence spéciale est fondée en raison. Pour dire le rang de diverses hypothèques entre elles, il ne s'agit que de confronter leurs dates; pour dire celui des priviléges, il faut être jurisconsulte. La comparaison qui suit, et que j'ai faite quelquefois, a toujours paru faire sentir bien nettement la différence. Que plusieurs personnes fassent queue pour prendre des billets à la porte d'un théâtre, et qu'on les introduise chacune à son tour, selon l'ordre dans lequel elles sont venues se mettre à la queue, c'est une loi commune, mais qu'on appelle hors des rangs, pour les faire entrer de préférence avant les autres, sans examiner s'ils sont venus ou non les premiers, d'abord tels et tels parce qu'ils sont décorateurs, acteurs,

chez les Romains les hypothèques privilégiées ne produisaient pas toutes les mêmes effets, notamment quant au droit de suite.

2099. 3° Le droit de suite peut être exercé par le créancier hypothécaire, contre tout tiers détenteur de la chose hypothéquée, et même contre tout créancier hypothécaire qui lui est postérieur, et qui détient la chose (1). Il est exercé au moyen de l'action dont il s'agit dans notre paragraphe, l'action *quasi-Serviana,* que nous trouvons désignée aussi quelquefois dans les textes sous les noms de *vindicatio pignoris, pignoris persecutio, persecutio hypothecaria, pigneratitia in rem,* ou même *pigneratitia* tout court, quoique ce dernier nom soit spécialement réservé à l'action *in personam,* qui a pour objet la poursuite des obligations nées du contrat de gage (ci-dess., n° 1231). Quant à l'action *quasi-Serviana,* elle a pour but de faire reconnaître et exercer contre tout détenteur le droit réel qu'a le créancier hypothécaire, c'est-à-dire le droit de faire vendre la chose, et de se faire payer par préférence sur le prix. C'était donc une action *in rem,* qui venait de la juridiction du préteur. Sa formule était construite, non pas, comme celle des actions Publicienne ou Paulienne, sur une hypothèse fictice (*fictitia actio*), mais simplement *in factum.*

2100. Il résultait de ce droit de suite que ceux qui recevaient de quelqu'un un objet quelconque, soit en propriété, soit en hypothèque, auraient eu un intérêt puissant à connaître si cet objet ne se trouvait pas déjà hypothéqué. Le droit romain ne fournissait aucun moyen d'assurer cette vérification. Il n'en fournissait aucun non plus au créancier qui était également intéressé à s'assurer lorsqu'une hypothèque lui était offerte, que le même bien n'était pas déjà hypothéqué à un autre. La convention d'hypothèque n'était assujettie à aucune forme, elle pouvait être même purement verbale, toute la question se bornait à la nécessité d'en prouver d'une manière ou d'une autre l'existence et la date (2). Ainsi, tandis qu'en droit romain, les translations de propriété ne s'opéraient que par le fait ostensible de la tradition ou par certains moyens civils, les hypothèques y pouvaient être occultes (3).

Cependant une constitution de l'empereur Léon ordonna que les hypothèques qui seraient constatées, soit par un *instrumentum publice confectum,* c'est-à-dire par un acte dressé sous l'autorité d'un magistrat ou d'un notaire public, soit au moins par un acte souscrit par trois hommes d'une renommée intègre (*probatæ atque*

---

figurants, ensuite tels et tels autres parce qu'ils sont compositeurs, auteurs dramatiques, puis ceux-là parce qu'ils sont feuilletonistes, et ainsi de suite, il y a là une faveur spéciale, une loi privée. Nous avons dans le premier mode d'introduction l'image de l'hypothèque; dans le second celle du privilége.

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 16. § 3. f. Marcian. — 20. 4. *Qui potior.* 12. pr. et § 7. f. Marcian. — (2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gai. — (3) A Athènes, une pierre (*opos*) portait le nom du créancier et le montant de la créance, inscrits sur l'immeuble.

*integræ opinionis*), passeraient, bien que postérieures en date, avant celles qui seraient dénuées de semblables preuves (1). Cette constitution dut avoir pour effet de multiplier l'emploi des actes publics pour constater les hypothèques, mais elle n'établissait pas une règle impérative, et d'ailleurs ce n'était pas encore établir le moyen d'en porter la connaissance à chacun.

2101. Outre la volonté des parties, nous trouvons encore, comme pouvant constituer dans certains cas des gages ou des hypothèques, les dispositions de la loi ou de la jurisprudence, et l'autorité du magistrat. — Parmi les hypothèques qui résultent de la loi ou de la jurisprudence, indépendamment de toute convention des parties, se trouvent principalement : celle du locateur d'un fonds urbain, pour sûreté des obligations résultant du bail, sur les choses apportées par le locataire dans l'édifice loué (*invecta et illata*); celle du locateur d'un fonds rural, mais seulement sur les produits de l'immeuble : quant aux objets apportés pour l'exploitation du fonds, ils n'étaient hypothéqués qu'en vertu d'une convention; celle que Justinien accorde aux légataires, sur la part héréditaire de chaque héritier, pour sûreté de l'acquittement des legs dont il est tenu; celle du fisc, pour plusieurs de ses créances; celle des pupilles, des mineurs et des fous, sur tous les biens de leurs tuteurs et curateurs, pour les obligations résultant de la tutelle ou de la curatelle, d'après des constitutions de Constantin le Grand et de quelques empereurs suivants jusqu'à Justinien; celle de la femme orthodoxe sur les biens du mari, pour la restitution de la dot, et plusieurs autres encore. Les jurisconsultes romains donnent à ces hypothèques la qualification d'hypothèques *tacites* (2), supposant que la convention en a été faite tacitement entre les parties : tous les cas ne sont pas susceptibles cependant d'une telle supposition; l'empire de la loi, indépendamment de la convention des parties, y est le principe dominant, et nous les nommons aujourd'hui hypothèques *légales*.

2102. Enfin nous avons vu comment, par la *missio in possessionem bonorum*, ou par la *pignoris capio* prétorienne, le magistrat peut constituer une espèce particulière de gage, qui se nomme *pignus prætorium* (ci-dess., n°s 2022 et 2032).

2103. A cette matière se rattache l'institution prétorienne de la séparation des biens (*de separationibus*), qui a lieu dans quelques cas divers, et notamment lorsque les créanciers et légataires d'une hérédité, ne voulant pas accepter l'héritier pour leur débiteur personnel, et désirant échapper aux conséquences de la confusion, obtiennent du préteur la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, afin de se faire payer sur ce patrimoine héréditaire de préférence aux créanciers personnels

(1) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 11. const. Léon. — (2) Dig. 20. 2. et Cod. 8. 15. *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*.

de l'héritier : institution dont les règles se trouvent développées dans un titre spécial du Digeste (1), mais que nous nous contenterons d'indiquer ici.

**VIII.** In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor; veluti *de pecunia constituta*, cui similis videbatur *receptitia*. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias; et ex qua quæritur an actor juraverit, et alias complures.

**8.** Le préteur a aussi introduit par sa juridiction des actions personnelles : par exemple l'action *de constitut*, à laquelle ressemblait l'action *receptitia*; mais comme nous avons, par une constitution, transporté dans l'action de constitut tous les avantages de l'action *receptitia*, cette dernière, comme inutile, a dû disparaître de nos lois. C'est aussi le préteur qui a introduit les actions jusqu'à concurrence du pécule des esclaves et des fils de famille, celle dans laquelle on recherche si le demandeur a juré, et plusieurs autres encore.

**IX.** De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civile tenentur.

**9.** L'action de constitut s'exerce contre toute personne qui a promis de faire un payement pour elle-même ou pour autrui, bien entendu sans intervention de stipulation; car, si elle avait promis à un stipulant, elle serait tenue par le droit civil.

2104. Nous avons déjà traité du constitut et de l'action *de constituta pecunia* (ci-dess., nos 1612 et suiv.). Ce pacte et cette action prétorienne tirent leur origine d'une action analogue qui existait dans le droit civil, et qui se nommait *actio receptitia*.— L'usage des banquiers, faisant le commerce de l'argent, changeant les monnaies, ouvrant des crédits à leurs clients, recevant d'eux des sommes en dépôt ou en prêt avec intérêt, leur en avançant, payant pour eux ou promettant de payer pour eux, cet usage était fréquent dès les temps anciens chez les Romains, et les comédies de Plaute et de Térence en portent la trace à chaque pas. Ces banquiers se nommaient *argentarii*. Souvent, lorsqu'on devait à quelqu'un une somme d'argent, on le menait chez son *argentarius*, qui payait pour vous, ou du moins qui convenait de payer à jour fixe. Cette convention, par exception aux règles ordinaires du droit civil, n'avait pas besoin d'être faite avec les formalités de la stipulation ni du contrat *litteris*; de quelque manière qu'elle eût lieu de la part d'un *argentarius*, elle obligeait celui-ci et donnait contre lui cette action civile. L'opération était désignée par le verbe *recipere*, recevoir jour pour le payement, et l'action qui en naissait se nommait *actio receptitia*.

Mais cette opération et cette action étaient exclusivement spéciales aux *argentarii* : le préteur établit, par imitation, pour chacun sans distinction, quelque chose d'analogue, lorsqu'il

(1) Dig. 42. 6. — *De separationibus*. — La séparation des biens pouvait s'appliquer encore en matière de pécule castrans : *Ib.* 1. § 9. f. Ulp.

érigea en pacte prétorien la simple convention faite par qui que ce fût de payer à jour fixe une dette préexistante, acte désigné par le verbe *constituere*, constituer un jour pour le payement d'une dette préexistante, d'où naissait l'action *de constituta pecunia*.

2105. Ainsi il exista, pour les conventions de cette nature, deux actions analogues : l'action *receptitia*, venant du droit civil, contre les *argentarii* seulement, qui faisaient profession de semblables opérations, et l'action *de constituta pecunia*, action prétorienne, contre toute personne. — Cette dernière action, se donnant contre chacun, existait aussi contre l'*argentarius*, de telle sorte qu'en cas de semblable convention par celui-ci, le créancier avait contre lui le choix ou de l'action civile *receptitia*, ou de l'action prétorienne *de constituta pecunia*.

2106. Ces deux actions n'avaient pas absolument les mêmes effets; il existait plusieurs différences entre elles, et l'action civile *receptitia* était, sous divers rapports, plus avantageuse. En effet, elle durait à perpétuité, s'appliquait à tous les objets, et était accordée par cela seul qu'il y avait convention, sans examiner s'il y avait une cause préexistante; tandis que l'action *de constituta pecunia*, au contraire, n'était qu'annale, ne s'appliquait qu'aux choses s'appréciant au poids, au nombre ou à la mesure, et supposait toujours une dette antérieure (1).

2107. Ces deux actions subsistèrent ensemble, avec leur destination respective, jusqu'à Justinien, qui les fondit en une seule, en supprimant de nom l'action *receptitia*, qui n'était spéciale qu'aux *argentarii*, et transportant ses effets à l'action générale *de constituta pecunia*. Ainsi cette action se donnera contre toute personne, pour toute espèce d'objet, et elle sera perpétuelle. Toutefois, elle continuera à n'être accordée que quand la convention de payer se référera à une dette antérieure (2).

2108. La dette conditionnelle, n'étant pas encore irrévocablement dette tant que la condition n'est point accomplie, ne peut être le fondement que d'un constitut conditionnel; mais les dettes à terme ont pu donner lieu à un constitut dont l'exigibilité fût plus rapprochée : Cujas prétend même que tout constitut était à terme, puisque le verbe *constituere*, comme celui de *recipere*, signifiait constituer ou recevoir un jour pour le payement (3); et Paul nous apprend (4) que, lorsqu'on a omis d'indiquer un terme dans un constitut, il en est accordé un de dix jours au moins.

| | |
|---|---|
| **X.** Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve compara- | **10.** Le préteur a accordé l'action de pécule contre le père ou le maître, parce |

(1) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*. 2. const. Justinian. — (2) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*. 2. const. Justinian. — (3) Lib. 29. Paul. ad. edict. — (4) Dig. 13. 5. 21. § 1.

vit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

que, bien que, selon le droit civil, ils ne soient pas obligés par les contrats de leur fils ou de leur esclave, il est cependant équitable qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, sorte de patrimoine des fils ou filles et des esclaves.

Nous traiterons des actions *de peculio* au § 4 du titre suivant. Nous les mettons, avec le texte, au pluriel, parce que l'expression *de peculio*, comme nous aurons soin de l'expliquer, ne désigne qu'une qualification applicable à un grand nombre d'actions diverses.

**XI.** Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

**11.** De même si quelqu'un, sur la demande de son adversaire, a juré que la somme par lui réclamée lui est due, le préteur, en cas de non payement, lui donne une action dans laquelle il est recherché, non pas si la créance existait, mais s'il a prêté ce serment.

2109. Il s'agit, dans notre paragraphe, du serment que les parties, pour vider un débat et éviter une contestation judiciaire, conviendraient de se déférer l'une à l'autre, hors de toute instance, sans être encore *in judicio*, ni même *in jure*. Il y a là une sorte de transaction que le droit prétorien a confirmée, et qui, selon les expressions de Paul, a plus d'autorité encore que la chose jugée (1). Notre texte suppose que c'est celui qui se prétend créancier qui, sur le désir de son adversaire, a juré qu'il lui est dû. Dès lors, et en cas de refus de s'exécuter de la part du débiteur, la seule question qui reste aux yeux du préteur, c'est de savoir, non pas si la créance existait ou non, mais si le serment a été véritablement et régulièrement prêté. En conséquence, il donne au créancier, pour la poursuite de son droit, une action prétorienne nommée *de jurejurando* ou *an juraverit*, qui est conçue *in factum*, et dans laquelle le juge n'aura qu'à vérifier le fait du serment. — Ce serment peut aussi, selon le cas, si le résultat en a été favorable au prétendu débiteur, donner lieu soit à un refus d'action, soit à une exception *de jurejurando* en sa faveur, comme nous le verrons ci-dessous, tit. 13, § 4.

2110. Outre ce serment hors de toute instance, et par sorte de transaction pour éviter même le procès, il existe encore diverses autres sortes de serments : celui qui est déféré ou référé par les parties l'une à l'autre dans le cours même d'un procès, soit devant le préteur (*jusjurandum in jure*), soit devant le juge (*jusjurandum in judicio*); ou celui que le juge défère lui-même, pour s'éclairer, à l'une quelconque des parties; ou enfin celui qu'il défère pour estimer le montant de la condamnation (*jusju-*

(1) DIG. 12. 2. 2. f. Paul.

*randum in litem*). Notre texte ne s'occupe pas ici des effets de ces espèces diverses de serments, dont nous avons déjà dit quelques mots ci-dessus, n°s 2041 et 2048.

**XII.** Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit : veluti, adversus eum qui quid *ex albo ejus corrupisset;* et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit; et alias innumerabiles.

**12.** Grand nombre d'actions pénales ont été introduites aussi par la juridiction du préteur : par exemple, les actions contre celui qui aurait *dégradé une partie quelconque de l'album;* qui aurait appelé *in jus*, sans permission préalable, son père ou son patron; qui aurait enlevé par violence, ou fait enlever par dol, une personne appelée *in jus;* et une foule d'autres actions.

2111. *Ex albo ejus corrupisset.* On sait ce que c'était que l'*album* du préteur : quiconque y portait la moindre atteinte, soit en le raturant, soit en le maculant, soit en le faisant disparaître, soit en y opérant des changements, était puni en vertu d'une action prétorienne populaire nommée action *de albo corrupto*. Les altérations des édits des empereurs entraînaient la peine du faux (1).

Ce que nous avons déjà dit de la défense faite aux enfants ou aux affranchis d'appeler *in jus* leurs ascendants ou leur patron sans autorisation préalable, et de l'action *in factum* qui serait donnée contre eux pour violation de cette défense (ci-dess., n°s 1898 et 1999), comme aussi de l'action prétorienne donnée contre ceux qui auraient résisté à une *in jus vocatio*, ou employé la violence ou le dol pour y mettre obstacle (n° 2034), nous paraît suffisant pour l'intelligence des exemples donnés ici par notre texte.

**XIII.** Præjudiciales actiones in rem esse videntur : quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa *legitimam causam* habet, per quam quæritur an aliquis liber sit : cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

**13.** Les actions préjudicielles semblent être des actions réelles : telles sont celles pour rechercher si quelqu'un est libre ou affranchi, ou pour faire reconnaître la filiation. Parmi ces actions, il n'en est guère qu'une qui soit *fondée sur le droit civil*, savoir, celle par laquelle on recherche si quelqu'un est libre : les autres viennent de la juridiction prétorienne.

2112. Nous avons indiqué (ci-dessus, n° 1933) le caractère des actions préjudicielles sous le système formulaire. Il avait cela de particulier que la formule ne contenait pas de condamnation, et que la sentence se bornait à reconnaître et à constater, soit un fait, soit un droit, qui devenait dès lors judiciairement constant, et dont les parties tireraient, plus tard, au besoin, toutes les conséquences légales. Ce qui se réfère à la rédaction de la formule

(1) D. 48. 10. 32. Mod. — Paul. Sent. 1. 13. § 3.

a disparu sous Justinien ; mais, à part cette rédaction qui n'a plus lieu, le caractère de l'action reste le même.

Bien que ces actions ne soient pas en tout identiques avec les actions *in rem*, puisque celles-ci contiennent toujours la prétention d'un droit réel de la part du demandeur et doivent toujours conduire à une condamnation ou à une absolution, tandis que les actions préjudicielles tendent seulement à la constatation d'un fait, et n'entraînent jamais de condamnation, cependant, comme elles ne tendent pas non plus à la poursuite d'une obligation, qu'il n'y est par conséquent fait mention d'aucune personne obligée, et que le fait ou le droit qu'elles tendent à faire constater y est exprimé d'une manière générale (*in rem*), notre texte dit avec raison qu'elles semblent être des actions *in rem*.

Les droits que les actions préjudicielles tendent le plus fréquemment à faire constater sont ceux qui se réfèrent à l'état des personnes, comme ceux d'ingénuité, de liberté, de patronage, de paternité, de filiation, et autres semblables. Nous savons que ce sont des droits réels. Les commentateurs du droit romain antérieurs à notre époque croyaient que l'usage des actions préjudicielles se bornait à ces questions d'état, mais depuis que Gaius nous en a fait connaître le véritable caractère, nous pouvons reconnaître, soit dans Gaius, soit dans les Sentences de Paul, soit même dans le Digeste, divers cas d'action préjudicielle ayant pour but de faire constater un fait. Telles sont les actions préjudicielles où l'on recherche *quanta dos sit* (1) ; si les *sponsores* ou les *fidepromissores* ont été avertis, comme le veut la loi, de l'étendue de leur obligation (2) ; *an res de qua agitur major sit centum sestertiis* (3) ; *an bona jure venierint* (4).

**2113.** Ce serait cependant une erreur de conclure de notre paragraphe que les droits relatifs à l'état des personnes, soit quant à la famille, soit quant à la puissance, ne se poursuivissent jamais que par la voie des *præjudicia*, c'est-à-dire au moyen de formules sans *condemnatio*, destinées seulement à constater judiciairement un fait. Il était un grand nombre de cas dans lesquels ces droits avaient besoin d'être poursuivis par voie d'action ordinaire, dirigés contre un défendeur et avec condamnation de ce défendeur s'il succombait. C'était alors par une sorte de *vindicatio* que la réclamation en avait lieu. Nous en avons la preuve indubitable à l'égard de la liberté, de la puissance paternelle, de la tutelle légitime des femmes, puisque l'*in jure cessio*, employée pour l'affranchissement *vindicta*, pour l'adoption, ou pour la cession de la tutelle, n'était que la simulation d'un procès *per vindicationem* appliquée à ces sortes de droits. — Le Digeste de

---

(1) GAI. Comm. 4. § 44. — (2) GAI. Comm. 3. § 123. Voir ci-dessus, n° 1387. — (3) Paul. Sentent. 5. 9. *De stipul.* § 1. — (4) DIG. 42, 5. *De reb. auctor. judic.* 30. f. Papir. Just.

Justinien a conservé encore la mention de cette *vindicatio* qui avait lieu pour la puissance paternelle, avec modification de la formule (*adjecta causa*), de manière à indiquer que c'était comme fils (*filium suum ex jure Quiritium*) que le père vendiquait cet enfant (tom. II, n° 175). Le père avait en outre à sa disposition le moyen des interdits ou la *cognitio extra ordinem* que le droit prétorien lui offrait (1).

2114. La question de liberté (*liberalis causa*) pouvait donner lieu également ou à une *vindicatio* ou à un *præjudicium*; et c'est sous la forme d'un procès *per vindicationem* qu'elle nous apparaît dans la vieille histoire des Romains.

Elle peut être considérée sous deux aspects : soit dans l'hypothèse où il s'agit de faire déclarer quelqu'un esclave, soit dans l'hypothèse où il s'agit de faire déclarer quelqu'un libre. — Dans le premier cas, l'action appartient à quiconque se prétend propriétaire ou usufruitier de l'homme en litige ; dans le second, l'action appartient à l'homme lui-même dont la qualité est en question, ou à ses parents ou à son épouse. Autrefois cette action n'était jamais exercée par la personne dont l'état était en litige, mais bien par un *lictor* ou *assertor libertatis*; car la *liberalis causa* suivait les formes de la *vindicatio*, l'homme dont l'état était en question était présenté et vendiqué devant le préteur comme l'aurait été une chose litigieuse entre deux parties ayant des prétentions contraires. L'affaire, étant une fois jugée entre l'*assertor* et le prétendu maître, n'était jugée qu'entre eux ; un autre pouvait venir prétendre être le maître du même individu, quoique le premier eût échoué. Si l'esclave avait succombé, il pouvait même faire juger la même question trois fois envers le même adversaire au moyen d'autres *assertores*; mais Justinien, en permettant à l'esclave prétendu de défendre lui-même sa liberté, a décidé que la chose jugée à ce sujet serait jugée à l'égard de tous.

L'état d'une personne peut être contesté même après sa mort; mais les empereurs Claude et Nerva ont décidé que l'état dont un défunt était en possession au moment de sa mort ne pourrait être contesté que pendant cinq ans, si on voulait lui attribuer une condition moins avantageuse (2).

*Legitimam causam.* La *causa liberalis* était même antérieure

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindicatione*. 1. § 2. f. Ulp. : « Per hanc autem actionem liberæ personæ quæ sunt juris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur. [Petuntur] igitur, aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione Prætoria : et ita Pomponius lib. XXXVII. *Nisi forte*, inquit, *adjecta causa quis vindicet*. Si quis ita petit filium suum [vel] in potestate, *ex jure Romano* : videtur mihi [et] Pomponius consentire recte eum egisse : ait enim, adjecta causa *ex lege Quiritium* vindicare posse. » — On remarquera dans ce texte les expressions *ex jure Romano, ex lege Quiritium*, substituées par les compilateurs du Digeste aux termes consacrés, parce que sous Justinien le *dominium ex jure Quiritium* a été déclaré aboli. — Dig. 43. 30. *De liberis exhibendis*. — (2) C. 7. 16. 6. — Dig. 40. 15. et Cod. 7. 21. *Ne de statu defunct. post. quinq. quær.*

à la loi des Douze Tables. Ce fut Appius Claudius qui l'inséra dans cette loi (1).

**XIV.** Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet : quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

**14.** D'après cette distinction des actions, il est certain que le demandeur ne peut réclamer la chose sienne par cette formule : S'IL PARAÎT QU'UN TEL DOIVE DONNER. Ce qui est à lui, en effet, ne saurait lui être donné; car donner (*dare*) signifie transférer en propriété; or la chose qui est déjà sienne ne saurait le devenir davantage. Toutefois, en haine des voleurs, pour les tenir davantage, à l'aide de plusieurs actions, on a voulu qu'outre la peine du double ou du quadruple, ils fussent soumis, pour le recouvrement de la chose, même à cette action, S'IL PARAÎT QU'ILS DOIVENT DONNER, quoique l'action réelle par laquelle le demandeur soutient que la chose est sienne existe aussi contre eux.

**XV.** Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, quibus DARE FACERE OPORTERE intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere : nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

**15.** On nomme les actions réelles vendications, et condictions celles des actions personnelles dont la prétention est que l'adversaire DOIT DONNER OU FAIRE. En effet, *condicere* dans l'ancien langage signifie dénoncer. Mais aujourd'hui, c'est improprement que nous appelons condiction cette sorte d'action, car il ne s'y fait plus de dénonciation.

2115. Nous avons suffisamment expliqué ce que c'était que la *condictio* sous le système des actions de la loi (ci-dess., nos 1876 et suivants); comment le nom s'est conservé sous le système formulaire, bien qu'il n'y eût plus de *condictio* proprement dite ou notification faite au défendeur, et quel caractère, quelle étendue la *condictio* a pris dans ce système (ci-dessus, nos 1965 et suivants). Nous avons signalé ce qu'il y a d'exceptionnel dans la *condictio* donnée contre le voleur.

*Actions persécutoires de la chose; d'une peine, ou actions pénales; tout à la fois de la chose et d'une peine, ou actions mixtes.*

**XVI.** Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

**16.** Voici une autre division tirée de ce que certaines actions sont données pour la poursuite de la chose, d'autres pour la poursuite d'une peine, tandis que quelques-unes sont mixtes.

**XVII.** Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quæ in personam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nas-

**17.** Toutes les actions réelles ont pour but la poursuite de la chose. De même, parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissent d'un

(1) D. 1. 2. 2. § 24. Pomp.

cuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor; itemque commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomine quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit : si modo cum ipso apud quem depositum sit, aut cum herede ejus, *ex dolo ipsius* agetur. Quo casu mixta est actio.

contrat : par exemple, l'action par laquelle le demandeur réclame une somme prêtée ou stipulée; les actions de commodat, de dépôt, de mandat, de société, de vente, d'achat et de louage. Toutefois, quand il s'agit d'un dépôt fait en cas de tumulte, d'incendie, d'écroulement ou de naufrage, le préteur donne une action au double, pourvu qu'elle soit intentée contre le dépositaire lui-même, ou contre son héritier *personnellement coupable de dol*. Dans ce cas, l'action de dépôt est mixte.

2116. *Ex dolo ipsius*. Dans le cas du dépôt dont parle notre texte à la fin de ce paragraphe, et que l'on nomme dépôt nécessaire, si le dépositaire nie le dépôt, il est condamné au double; mais si, après avoir nié, il meurt, l'action ne sera donnée contre l'héritier qu'au simple; elle n'est donnée au double contre ce dernier que quand lui-même s'est rendu coupable de dol. Du temps de la loi des Douze Tables on condamnait au double, dans le cas de dol, tout dépositaire, soit volontaire, soit nécessaire (1); mais le préteur a ensuite réduit cette disposition au dépôt nécessaire, parce que le dépositaire volontaire est l'homme du libre choix du déposant; c'était à lui à choisir un dépositaire fidèle (ci-dess., n° 1223).

**XVIII.** Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt; aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti : sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius, adversus furem etiam condictio est rei.

**18.** Quant aux actions qui naissent des délits, elles ont pour but de poursuivre, les unes la peine seulement, les autres tant la peine que la chose, d'où leur qualification d'actions mixtes. L'action de vol n'a pour but que la poursuite de la peine; car qu'elle tende au quadruple pour le vol manifeste ou au double pour le vol non manifeste, il ne s'y agit que de la peine; quant à la chose volée elle-même, elle se poursuit par une action distincte : c'est-à-dire par la vendication contre tout possesseur, voleur ou autre; et en outre contre le voleur, même par condiction.

2117. Il faut bien se garder de confondre ce que les Romains appelaient actions pénales, avec la poursuite des crimes ou accusations publiques. C'est cette confusion perpétuelle qui a mis en erreur toute la jurisprudence européenne dans la reconstruction qu'elle a essayé de faire du droit pénal romain. La peine dont il s'agit ici n'est pas une peine publique, poursuivie au nom de la société. Ces actions pénales contiennent, à titre de peine privée et au profit du demandeur, une condamnation pécuniaire indépendante du préjudice éprouvé. Ainsi, l'action *furti*, à la diffé-

(1) Paul. Sent. 2. 12. *De deposito*. § 11.

rence de la *condictio furtiva* (1), est donnée pour le tout contre chaque délinquant.

**XIX.** Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur : pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit : veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit : tanti enim damnatur quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta *sacrosanctis ecclesiis* vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine *dare distulerint* usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna : et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

**19.** L'action *vi bonorum raptorum* est mixte, parce que dans le quadruple se trouve comprise la poursuite de la chose ; la peine ainsi n'est que du triple. L'action de la loi *Aquilia* est aussi mixte, non-seulement lorsqu'elle s'élève au double contre celui qui a nié, mais encore quelquefois lorsqu'elle est intentée au simple : par exemple dans le cas où quelqu'un a tué un esclave boiteux ou borgne, qui avait été, dans l'année, sain et sauf et d'un grand prix ; en effet le défendeur est condamné, suivant ce que nous avons déjà dit, à la plus haute valeur que l'esclave a eue dans l'année. L'action est encore mixte contre ceux qui, chargés de legs ou fidéicommis laissés *aux saintes églises*, ou à d'autres lieux vénérables, en retardent la délivrance jusqu'à ce qu'on les ait appelés en justice. Alors, en effet, ils sont condamnés à donner la chose ou la somme laissée, et encore autant à titre de peine ; de telle sorte que la condamnation est au double.

2118. *Sacrosanctis locis*. Autrefois le double était prononcé pour toute sorte de legs faits à qui que ce fût ; Justinien a restreint cette condamnation au double pour les legs dont il est ici question (2).

*Dare distulerint*. Autrefois cette peine était infligée à ceux qui refusaient ces legs d'une manière absolue ; maintenant elle est infligée pour simple retard (3).

### *Actions qui semblent être mixtes, tant* in rem *que* in personam.

**XX.** Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate ; item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur ; item finium regundorum, quæ inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

**20.** Certaines actions semblent avoir une nature mixte, tant réelle que personnelle. Telles sont l'action *familiæ erciscundæ* entre cohéritiers pour le partage de l'hérédité ; l'action *communi dividundo* entre copropriétaires pour le partage d'une chose commune ; enfin l'action *finium regundorum* entre ceux qui ont des héritages contigus. Dans ces trois actions, le juge a le droit d'adjuger quelque chose à l'une des parties, d'après les règles de l'équité, et de condamner celle d'entre elles qui est avantagée par l'adjudication à payer à l'autre une certaine somme.

(1) C. 4.8.1. — (2) Inst. 3. 27. § 7. — (3) C. 1. 3. 46. § 7. — Inst. *h. t.* § 26

2119. Les rédacteurs des Instituts viennent de parler des actions *mixtes* en tant que persécutoires à la fois de la chose et d'une peine; la seule similitude des mots, sans qu'il y ait, du reste, aucun rapport d'idées, les amène à parler ici de trois actions qui seraient *mixtes* en tant qu'elles seraient à la fois *in rem* et *in personam*, savoir : les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*.

2120. Ces trois actions sont qualifiées *mixtes* par Ulpien, dans un tout autre sens, savoir que chacune des parties y joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur : « Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est; ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo (1) »; c'est-à-dire que des condamnations peuvent y être prononcées contre l'une ou l'autre des parties, ou contre plusieurs d'entre elles, tandis que dans les actions simples il ne peut jamais y avoir de condamnation que contre le défendeur (ci-dessus, n° 1938, avec la note 1).

2121. Mais peut-on dire qu'elles soient *mixtes* comme étant tout à la fois réelles et personnelles? C'est une question que nous avons déjà agitée en nous plaçant à l'époque du système formulaire (ci-dessus, n° 1962). Nous avons déjà démontré comment sous l'empire de ce système les dénominations *in rem* ou *in personam* étant déduites de la manière dont l'*intentio* de la formule est rédigée, des actions qui seraient à la fois tant *in rem* que *in personam* sont impossibles à concevoir; et comment sous le rapport du droit, abstraction faite de la forme, ces actions ont pour but principal l'exécution d'obligations nées *quasi ex contractu*, bien que dans plusieurs cas elles comprennent aussi, par voie de conséquence, la solution de questions de propriété. Mais la forme emportant ici le fond d'une manière radicale, les jurisconsultes romains du temps du système formulaire les ont toujours qualifiées d'actions *in personam*. — C'est aussi avec cette qualification d'actions *personnelles* qu'elles apparaissent dans la législation de Justinien elle-même et jusque dans une constitution de ce prince (2); comment se fait-il qu'elles figurent dans notre paragraphe des Instituts comme formant une catégorie mixte, *tam in rem quam in personam*, et dans quel sens faut-il entendre ces expressions?

2122. Quelques interprètes ont cru pouvoir les traduire en ce sens : « Certaines actions paraissent avoir une nature *mixte* (c'est-à-dire où chacune des parties est à la fois demandeur et défendeur), et de ces actions il y en a tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles. » Les expressions *tam in rem quam in*

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 37. § 1. f. Ulp. — (2) Cod. 7. 40. *De annal. except. ital.* 1. § 1. const. Justinian. : « Omnes *personales* actiones... neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscunque *personalis* actionis, » etc.

*personam* nous apparaissent, en effet, quelquefois dans les textes avec cette signification (1). Mais ici elles seraient inexactes, nous ne trouvons pas d'action réelle où chacune des parties soit à la fois demandeur et défendeur. Cette interprétation est abandonnée. D'après une autre interprétation, appuyée sur de respectables autorités (2), et qui a eu son temps de vogue, les rédacteurs des Instituts de Justinien auraient été conduits à dire des trois actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum,* qu'elles sont *tam in rem quam in personam,* parce que ce sont les trois seules actions dans lesquelles il puisse y avoir à la fois et *adjudication* et *condamnation;* c'est-à-dire attribution de la propriété des choses, en tout ou en partie, et prestation de la part des personnes : ( « *Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones* ») (3); de telle sorte qu'on ferait allusion à ce que le juge y reçoit comme un double pouvoir : pouvoir tant sur les choses que sur les personnes (*tam in rem quam in personam*). — Cependant, quelque incontestable que soit, en elle-même, l'existence de ce double pouvoir, nous ferons remarquer : 1° que si tel avait été le sens de cette qualification *tam in rem quam in personam,* rien n'aurait empêché qu'on ne la rencontrât déjà sous le système formulaire, puisqu'à cette époque, comme plus tard, et d'après les termes mêmes de la formule, le juge avait, dans ces trois actions, le pouvoir d'adjuger et de condamner; 2° que ce sens serait tout différent, ou, pour mieux dire, qu'il serait précisément l'opposé de celui qu'emporte, dans son acception technique et consacrée, la qualification d'action *in rem* comparée à celle d'action *in personam.* Le demandeur, en effet, dans l'action *in rem,* soutient qu'il est propriétaire, le juge a à reconnaître une propriété préexistante; par l'adjudication, au contraire, il crée une propriété qui n'existait pas auparavant : ces deux idées sont l'inverse l'une de l'autre. Nous ne croyons donc pas admissible non plus cette explication.

2123. M. de Savigny, dans son *Traité du droit romain* (t. V, p. 97 de la traduction), y revient à peu près, mais en la présentant sous une autre forme : même dans le système formulaire, et même par rapport à la rédaction de la formule, nos trois actions seraient mixtes, *tam in rem quam in personam,* parce qu'elles auraient dans la formule une partie, l'*intentio,* rédigée *in personam ;* et une autre partie, l'*adjudicatio,* rédigée *in rem :* « QUANTUM ADJU-

(1) Voir dans notre titre même, §§ 3 et 31, et ci-dessous, tit. 12. *De perpetuis et tempor. action.* pr. — (2) Voir WALTER. *Histoire de la procédure des Romains,* chap. 3, p. 35 de la traduction de M. LABOULAYE; et DUCAURROY, *Institutes expliquées,* septième édition, tome II, page 882. — (3) DIG. 10. 2. *Famil. ercisc.* 22. § 4. f. Ulp. — « Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt. » (DIG. 10. 3. *Comm. divid.* 4. 3. f. Ulp.)

DICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO (1). » — C'est là déplacer tout à fait la qualification de *in rem* ou *in personam*, qui ne se base exclusivement que sur la rédaction de l'*intentio;* autrement il faudrait aussi qualifier mixte toute action réelle, car si l'*intentio* y est rédigée *in rem*, la condamnation y est toujours *in personam* (ci-dess., n° 1957).

2124. Le plus simple, et c'est là qu'est la vérité, est d'en revenir à la nature du droit, et de faire remarquer, ainsi que M. de Savigny le fait lui-même en un autre passage de son livre (tom. V, p. 39 de la traduction), que même au temps des jurisconsultes de l'époque formulaire, nos trois actions, bien que données pour l'exécution d'obligations *quasi ex contractu*, contenaient dans plusieurs cas, pour le juge, la nécessité de statuer sur des droits réels d'hérédité ou de propriété (ci-dess., n° 1962). Or à l'époque des Instituts de Justinien, où le système formulaire a disparu, où par conséquent on ne se préoccupe plus de la conception de la formule, ni de l'impossibilité matérielle qui en résultait, que l'*intentio* y fût écrite à la fois *in rem* et *in personam*, les rédacteurs de ces Instituts ne font plus attention qu'à la nature des droits sur lesquels se fonde le demandeur; et bien que le caractère dominant de nos trois actions soit *in personam*, ils sont conduits à en dire qu'elles semblent avoir une double cause (*mixtam causam obtinere videntur*) tant *in rem* que *in personam?* N'est-ce pas cette idée qui se trouve dans Théophile : « Ex parte enim singuli coheredum domini sunt (2) »; enfin n'est-ce pas ainsi que l'idée s'est perpétuée dans la jurisprudence du moyen âge, et qu'elle a passé jusque dans notre droit actuel et dans notre procédure moderne? — A l'inverse, la pétition d'hérédité, action réelle, nous est présentée comme mixte (3), parce qu'elle entraîne une condamnation à payer, analogue au résultat de l'action personnelle, lorsqu'elle est dirigée contre un débiteur héréditaire qui se dit héritier.

### *Actions au simple, au double, au triple, au quadruple.*

**XXI.** Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Ulterius autem nulla actio extenditur.

**21.** Toutes les actions sont données au simple, au double, au triple ou au quadruple, jamais au delà.

2125. Les actions sont ici envisagées sous un rapport arithmétique entre le montant de la condamnation et un terme d'intérêt qui sert d'unité, et que, dans certains cas, il s'agit de doubler, de tripler ou de quadrupler. Mais quel est ce terme d'unité? Est-ce

---

(1) GAI. 4. § 42. — (2) « Nam et actionis in rem proprietatem habet, quod ea de rebus agatur; ex parte enim singuli coheredum domini sunt. Habet et actionis in pers...am effectum. Nam capita quædam in ea et excutiuntur, et in condemnationem deducuntur, quæ actionis in personam, non actionis in rem, propria sunt. » — (3) COD. 3. 31. *De pet. hered.* 7. Const. Diocl.

la valeur réelle de la chose, c'est-à-dire l'intérêt véritable auquel a droit le demandeur? Sans doute, au fond, c'est à cet intérêt qu'on est censé se référer; mais il faut le prendre tel qu'il est formulé dans l'*intentio*. Sous le système formulaire surtout, le rapport dont il s'agit est donc un rapport entre l'*intentio*, servant de terme d'unité, et la *condemnatio*, qui doit en être la reproduction au simple, ou quelquefois un multiple. C'est-à-dire que, l'*intentio* étant une fois examinée et le montant auquel elle doit s'élever apprécié, la sentence prononcera ou seulement le montant de cette appréciation, ou le double, ou le triple, ou le quadruple. L'action est donc au double, au triple ou au quadruple, quand le juge doit condamner au double, au triple ou au quadruple du montant auquel il apprécie l'*intentio*. Ainsi, lorsque l'*intentio* est *quanti ea res erit* ou *quidquid ob eam rem dare aut facere oportet*, et que la *condemnatio* est *tanti condemna*, l'action est au simple, quand même le *quantum* de l'*intentio* aurait pour objet le double, le triple ou le quadruple de l'indemnité due au demandeur, parce que la sentence doit répéter exactement le montant de ce *quantum* (1). L'expression *conceptæ* de notre texte se réfère donc à la *condemnatio* et non à l'*intentio*.

**XXII.** In simplum agitur : veluti *ex stipulatione*, ex mutui datione ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique *ex aliis compluribus causis*.

**22.** On agit au simple dans les actions résultant *d'une stipulation*, du prêt, de la vente, de l'achat, du louage, du mandat, et *dans plusieurs autres actions*.

2126. *Ex stipulatione*. Quelquefois nous stipulons que notre débiteur, dans un cas donné, par exemple dans le cas de la *stipulatio duplæ* pour garantie en matière de vente (ci-dess., n° 1465), devra nous donner le double ou le triple de la chose due, l'action qui naîtra d'une telle stipulation sera toujours au simple; car l'*intentio* comprendra elle-même le double ou le triple, et d'ailleurs ce double ou ce triple n'est considéré que comme simple dans la stipulation.

*Ex aliis compluribus causis*. On agit aussi au simple dans les actions par lesquelles on ne poursuit que la chose, et même dans plusieurs actions pénales, comme dans l'action d'injure, ou chaque fois que la somme de la condamnation est *certa*.

**XXIII.** In duplum agimus : veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, *depositi ex quibusdam casibus*. Item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quo-

**23.** On agit au double dans les actions de vol non manifeste, de la loi Aquilia, et, en *certains cas, de dépôt*. De même dans l'action *servi corrupti*, contre celui dont les exhortations ou les conseils ont poussé un esclave à prendre la fuite, à se révolter contre son maître, à se livrer à la débauche, ou l'ont cor-

(1) Conf. DIG. 19. 1. 13. pr. Ulp. et Inst. *h. t.* § 22. — Voy. Gai 4. §§ 47 50 et 51. — Et DIG. 21. 2. 56. pr. Paul.

libet modo deterior factus sit : in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

rompu d'une manière quelconque; action dans laquelle on fait aussi entrer la valeur des choses que l'esclave fugitif a emportées. De même est au double, selon ce que nous avons déjà dit, l'action relative aux legs faits aux lieux vénérables.

2127. *Depositi ex quibusdam casibus.* Nous avons vu, § 17 de ce titre, que, dans le cas de dépôt nécessaire, la condamnation est au double lorsque le dépositaire nie le dépôt (ci-dess., n° 2116). Quant à l'action relative aux legs faits aux lieux vénérables, voyez le § 19 (ci-dessus, n° 2118).

**XXIV.** Tripli vero, cum quidam majorem veræ estimationis quantitatem *in libello conventionis* inseruit, ut ex hac causa viatores, id est executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint. Tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro codice fulget : ex qua dubio procul est *ex lege condictitiam emanare.*

**24.** On agit au triple contre celui qui, dans un acte de citation, a exagéré le montant de sa demande, afin que les huissiers ou exécuteurs des procès pussent par là exiger un salaire plus élevé. Alors, en effet, le demandeur est condamné à payer au défenseur le triple du dommage éprouvé; mais dans ce triple ce dommage est compris pour une fois. C'est ce que nous avons introduit dans une constitution insérée en notre code, de laquelle dérive indubitablement une *condiction légale.*

2128. Dans l'ancien droit il y avait deux actions au triple qui ont été abolies : c'étaient les actions *furti concepti* et *furti oblati* (1). Celle dont parle ici Justinien a été introduite par cet empereur pour remplacer la peine de déchéance qu'encourait tout individu qui demandait plus qu'il ne lui était dû : ce fut Zénon qui commença à adoucir cette rigueur, résultant de la plus-pétition.

*In libello conventionis.* Nous avons vu (ci-dessus, n° 2060) ce qu'était cet acte, qui servait, sous la procédure extraordinaire, à introduire l'instance, et dans lequel le demandeur indiquait les prétentions qu'il se proposait de faire valoir dans le procès. Ce *libellus conventionis* était notifié par un *viator* ou *executor*, et, sur cette notification, l'adversaire devait donner caution qu'il se présenterait devant le juge lorsqu'il y serait appelé (*cautio judicio sistendi*). Cette caution était donnée au *viator* ou *executor litium*, auquel en même temps on payait ses frais. La *cautio judicio sistendi* remplaçait le *vadimonium*, et le *libellus conventionis* remplaçait l'*in jus vocatio* (2).

*Ex lege condictitiam emanare.* Justinien veut que sa constitution donne lieu à une *condictio ex lege* (3).

(1) Gai. 3. 191. — 4. 173. — (2) Voyez notre résumé d'une procédure, tant sous le système formulaire (n° 2034 et suiv.), que sous le système de la procédure extraordinaire (n° 2060 et suiv.). — (3) Dig. 13. 2. *De condictione ex lege.*

**XXV.** Quadrupli, veluti furti manifesti; item de eo quod metus causa factum sit; deque ea pecunia quæ in hoc data sit, ut is cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret vel non faceret. Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam *a reis quidquam exegerint.*

**25.** On agit au quadruple dans les actions de vol manifeste, *quod metus causa*, et dans celle relative aux sommes payées pour déterminer quelqu'un à susciter ou à abandonner un procès fait par chicane; de même, dans la condiction légale établie par nous au quadruple, contre les huissiers qui *ont exigé des parties* quelque chose au delà du tarif fixé par notre constitution.

2129. *A reis quidquam exegerint.* Les huissiers exigeaient des honoraires, ou plutôt épices (*sportulæ*), non-seulement des défendeurs, mais encore des demandeurs (1).

**XXVI.** Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt. At illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, et interdum depositi, inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit quæ relicta venerabilibus locis sunt non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usquequo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur solventem, *in simplum redditur.*

**26.** L'action de vol non manifeste et l'action *servi corrupti* diffèrent de toutes celles que nous avons comprises dans la même énumération, en ce que ces deux actions sont toujours au double; les autres, c'est-à-dire l'action de la loi Aquilia, et quelquefois celle de dépôt, ne sont au double que lorsque le défendeur a nié; s'il avoue, elles ne sont qu'au simple. Quant à l'action relative aux choses laissées aux lieux vénérables, elle est au double non-seulement si celui qui en est chargé nie, mais encore s'il en diffère la délivrance jusqu'à ce qu'il ait été assigné par ordre de nos magistrats. S'il avoue et paye avant ces poursuites par ordre des magistrats, *l'action est au simple.*

2130. *In simplum redditur.* L'expression est inexacte, car celui qui a délivré le legs sur-le-champ n'est plus soumis à aucune action.

**XXVII.** Item actio de eo quod metus causa factum sit, a cæteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. Quod in cæteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur : quod est et in furti manifesti actione.

**27.** Pareillement l'action *quod metus causa* se distingue de celles que nous avons comprises dans la même énumération, en ce qu'il est dans sa nature que le défendeur soit absous quand, sur l'ordre du juge, il restitue la chose même au demandeur. Dans les autres cas il n'en est pas ainsi; mais le défendeur est toujours condamné au quadruple : c'est ce qui a lieu dans l'action de vol manifeste.

2131. L'action prétorienne *quod metus causa* est donnée à celui qui a consenti, par suite d'une violence grave et actuelle, soit à faire une aliénation ou une constitution de droits réels, soit à contracter ou à éteindre une obligation, soit à accepter ou à répudier une hérédité; en un mot, à faire un acte d'où résulte

(1) Nov. 82. c. 7. — S. Augustin. ep. 55.

pour lui une perte ou une diminution de droit : — elle est dirigée contre toute personne qui a profité de la violence, même de bonne foi. Cette action étant arbitraire, la condamnation peut être évitée par le défendeur en retransférant la propriété ou le droit réel aliéné, avec remise de tous les avantages dont a été privée la personne violentée (*cum omni causa*), ou bien dans le cas d'obligation, en faisant remise de l'obligation contractée par crainte, ou en reconstituant l'obligation éteinte. Lorsqu'il y avait condamnation, le quadruple était calculé sur le montant de tout l'avantage qu'il y aurait eu pour le demandeur à ne pas être violenté. — Du reste, nous savons que la violence pouvait donner ouverture à deux autres sortes de secours prétoriens : l'exception *quod metus causa*, et la restitution pour cause de crainte (ci-dess., n° 2019). Dans quel cas était-ce l'une ou l'autre de ces voies qui devait être employée?

2132. Lorsque le résultat de la violence n'avait été qu'une obligation contractée, la personne violentée pouvait sans doute attendre que son adversaire l'attaquât; et, dans ce cas, elle paralysait l'action de celui-ci par l'exception *quod metus causa,* ainsi que nous l'expliquerons plus bas (1). — Cependant, même dans ce cas, elle pouvait désirer prendre les devants, et il était possible qu'elle y eût un grand intérêt; par exemple si elle avait en ce moment à sa disposition les preuves, les témoignages de la violence, lesquels pourront périr plus tard ou demeurer ignorés. Il avait bien été élevé des doutes, dans la jurisprudence romaine, pour savoir si l'existence possible de l'exception ne faisait pas obstacle à l'emploi de l'action; mais ce doute avait été levé formellement, comme nous l'apprend Ulpien (2). Au moyen de l'action *quod metus causa,* la personne violentée obtiendra, si le *jussus* préalable est exécuté, d'être libérée par acceptilation; et s'il ne l'est pas, une condamnation au quadruple.

2133. Si l'on se place dans l'hypothèse d'un mal consommé: par exemple, c'est une aliénation, c'est une répudiation d'hérédité, c'est une acceptilation qui ont été faites sous l'empire de la violence, alors il ne peut plus être question d'exception; des deux remèdes prétoriens, l'*exceptio* ou l'*actio quod metus causa* c'est le cas de ce dernier seulement.

2134. Mais dans l'une ou l'autre hypothèse, le recours peut être ouvert de la *restitutio in integrum,* qui opère plus largement, et qui, rescindant d'autorité les actes extorqués par violence, replace prétoriennement le restitué dans la position qu'il avait auparavant. Comme il s'agit là d'une voie d'autorité, le préteur ne l'emploiera qu'avec réserve. Un fragment d'Ulpien, une constitution de Dioclétien, nous disent que, lorsqu'une nullité *ipso jure* ou un recours commun de droit civil existe, la voie extraordinaire

(1) Voy. Inst. 4. 13. § 1. — (2) Dig. 4. 2. *Quod metus caus.* 9. § 3. Ulp.

de la *restitutio in integrum* doit rester fermée (1); mais il ne faut pas exagérer ce principe, ni le faire sortir des exemples d'application en vue desquels il est formulé. Plusieurs autres textes, en grand nombre, nous prouvent que, bien qu'il existe un autre secours d'action ou d'exception prétoriennes, par exemple, dans notre hypothèse, bien qu'il y ait l'*actio* ou l'*exceptio quod metus causa*, qui sont toutes les deux de droit prétorien, le magistrat peut accorder la *restitutio in integrum*. C'est à lui à apprécier l'opportunité de cette mesure *extra ordinem* qui lui est demandée, comme plus large et plus efficace. S'agit-il, par exemple, d'une adition d'hérédité faite sous l'empire de la violence, celui qui a ainsi accepté pourrait opposer aux créanciers héréditaires qui le poursuivraient l'exception *quod metus causa;* il pourrait prendre l'initiative et agir par l'action *quod metus causa* contre chacun de ceux qui profiteraient de cette violence; mais il arrivera à un résultat bien plus large et plus tranquillisant, si, en bloc, il se fait restituer contre son acceptation. De même, s'il s'agit d'une aliénation consommée, et qu'il soit plus avantageux à la partie violentée contre un insolvable d'obtenir une restitution qui le replace dans son droit de propriété, que d'exercer une action *in personam*. Des exemples nombreux peuvent reproduire à des degrés divers cette utilité plus grande, parce qu'en somme les résultats de l'exception ni de l'action ne sont identiques avec ceux de la restitution, et nous croyons le magistrat investi à cet égard d'une libre appréciation, tant qu'il ne s'agit que de divers remèdes prétoriens dont le choix est offert, dans la mesure de ses intérêts, à la partie violentée (2).

### *Actions de bonne foi, actions de droit strict, actions arbitraires.*

**XXVIII.** Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ : ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.

**28.** Les actions, du reste, sont ou de bonne foi ou de droit strict. Sont de bonne foi les actions de vente, d'achat, de louage, de gestion d'affaires, de mandat, de dépôt, de société, de tutelle, de commodat, de gage, en partage d'hérédité, en partage de biens indivis, l'action *præscriptis verbis* qui résulte du contrat estimatoire ou de l'échange, et la pétition d'hérédité. Quant à cette dernière, on avait jusqu'ici douté si elle devait être rangée, ou non, parmi les actions de bonne foi : mais notre constitution a positivement décidé qu'elle est de bonne foi.

(1) Dig. 4. 4. *De minorib.* 16. f. Ulp. — Cod. 2. 41. *In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.* 4. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. §§ 4 et 6. f. Ulp.; 21. §§ 5 et 6. f. Paul. — Cod. 2. 20. *De his quæ vi*, etc., 3. const. Gord.

2135. Nous avons déjà exposé (ci-dessus, nos 1983 et suiv.) cette division des actions, déduite, sous le système formulaire, de l'étendue des pouvoirs conférés au juge par la formule. Dans la procédure extraordinaire, ce qui tenait à la rédaction de la formule et à la distinction entre le juge et le magistrat disparaît, mais ce qui tenait au fond des choses reste. Ainsi, bien que le juge ne reçoive plus ses pouvoirs d'une formule dans laquelle il serait tenu de se renfermer, il n'en continue pas moins à juger *ex æquo et bono* dans les actions de bonne foi, et selon les seuls principes du droit civil dans les actions de droit strict, comme l'ordonnait jadis le préteur au juge du système formulaire. (App. 2, liv. 4.)

Justinien nous donne ici l'énumération des actions de bonne foi à son époque. En la comparant à celle donnée par Gaius, que nous avons rapportée ci-dessus (no 1987), on trouve en moins dans l'énumération de Justinien l'action *fiduciæ* qui a cessé d'exister; et en plus les actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo, hereditatis petitio* (voir ci-dessous, no 2187), et *præscriptis verbis de æstimato, vel ex permutatione,* sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué, ci-dessus, nos 1602, 1604 et 1605.

XXIX. Fuerat antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus : merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc sensuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

29. L'action *rei uxoriæ* était précédemment de bonne foi : mais comme, trouvant l'action *ex stipulatu* plus avantageuse, nous avons, quand elle est donnée pour la répétition de la dot, transporté en elle, avec plusieurs divisions, tous les effets attachés auparavant à l'action *rei uxoriæ ;* et comme, en conséquence, cette dernière a été supprimée, l'action *ex stipulatu*, mise à sa place, a reçu de nous le caractère d'action de bonne foi, mais seulement quand elle a lieu pour répétition de la dot. En outre, nous avons accordé à la femme une hypothèque tacite ; ordonnant même qu'elle soit préférée aux autres créanciers hypothécaires, toutefois quand elle agira elle-même pour sa dot ; car c'est pour elle seule que nous avons introduit ce privilége.

2136. Nous savons que la dot se constituait de trois manières : par la dation ou la translation en propriété des choses composant la dot (*dos data*); par la diction ou promesse solennelle sans interrogation préalable (*dos dicta*); par la stipulation ou interrogation solennelle suivie d'une promesse conforme (*dos stipulata*). Nous savons aussi à qui, selon les cas divers, devait revenir la dot et par qui elle pouvait être redemandée après la dissolution du mariage (tom. II, nos 587 et suiv.). Quant aux actions auxquelles la constitution de la dot peut donner lieu, il faut distinguer : 1o celles qui ont pour but de faire payer la dot par ceux qui l'ont

promise; 2° et celles qui ont pour but de la faire rendre, après la dissolution du mariage, par le mari qui l'a reçue.

2137. Sous le premier point de vue la dot *data* ne donne lieu à aucune action : puisque le mari a reçu la dot, il n'a plus à la demander; la dot *dicta* ou la dot *stipulata* se demandent l'une et l'autre par une *condictio*, qualifiée, dans le dernier cas, d'*actio ex stipulatu*.

2138. Sous le second point de vue, c'est-à-dire pour la reprise de la dot après la dissolution du mariage, il existait une action nommée *rei uxoriæ,* action générale, donnée à toute personne ayant le droit d'exercer cette reprise, de quelque manière que la dot eût été constituée. — Quelquefois cependant les parties ne se contentaient pas de cette action générale, et soit la femme, soit celui à qui le droit de reprise devait revenir ou qui voulait se le réserver, stipulait formellement du mari la restitution de la dot : dans ce cas, ils avaient, pour faire opérer cette restitution, l'action *ex stipulatu,* résultant de la stipulation formelle qu'ils avaient faite. C'est de ces actions en reprise, soit *rei uxoriæ,* soit *ex stipulatu,* qu'il s'agit dans notre paragraphe.

2139. L'action générale *rei uxoriæ* était une action de bonne foi, et même plus qu'une action de bonne foi, d'après la formule : « QUOD ÆQUIUS MELIUS » (n° 1985, not. 1). Le mari poursuivi par cette action avait le droit : 1° de faire, pour différents motifs déterminés par l'usage, certaines retenues sur la dot; 2° de ne restituer les choses appréciables au poids, au nombre ou à la mesure, qu'en trois ans et par tiers (*annua, bima, trima die*); la restitution n'était immédiatement obligatoire que pour les corps certains qui n'avaient pas été vendus au mari lors de la constitution; enfin 3° d'opposer le bénéfice de compétence, c'est-à-dire le bénéfice de n'être condamné que *quantum facere potest.* En outre, la femme ne transmettait pas cette action à ses héritiers, à moins qu'elle n'eût mis son mari en demeure; et si son mari défunt lui avait fait quelques libéralités par institution, legs ou fidéicommis, elle ne pouvait cumuler ces avantages avec l'exercice de l'action *rei uxoriæ* pour la reprise de sa dot; en vertu d'un édit nommé *de alterutro,* elle était obligée d'opter entre l'un ou l'autre de ces droits (1).

2140. L'action en reprise *ex stipulatu,* au contraire, comme toutes les actions provenant de la stipulation, était de droit strict. Elle était beaucoup plus rigoureuse que la précédente contre le mari et plus favorable à celui qui demandait la restitution. Ainsi le mari était obligé de faire cette restitution sans pouvoir exercer aucune retenue, ni réclamer aucun délai, ni opposer le bénéfice de compétence. Tout se renfermait rigoureusement dans la promesse de restitution qu'il avait faite. L'action passait aux héritiers du

(1) ULP. Reg. 6. *De dotibus.* §§ 6 et suiv.

stipulant. Et si le mari avait fait à sa femme survivante des avantages par disposition de dernière volonté, celle-ci cumulait ces avantages avec l'exercice de l'action *ex stipulatu* pour la reprise de sa dot.

2141. Justinien, pour transporter dans tous les cas divers avantages de l'action *ex stipulatu*, en en laissant subsister quelques-uns de l'action *rei uxoriæ*, fond ensemble ces deux actions. De quelque manière que le mariage se soit dissous, et quelle que fût l'origine de la dot, il veut que sa femme et ses héritiers puissent toujours la redemander par une action *ex stipulatu*, comme s'il y avait eu entre les époux une stipulation tacite. Cependant il transporte à cette action *ex stipulatu* en reprise de la dot le caractère d'une action de bonne foi; comme telle, il accorde au mari un délai d'un an pour la restitution des objets dotaux autres que les immeubles, et il lui conserve le bénéfice de compétence. — Enfin, pour sûreté de cette reprise, l'empereur accorde à la femme une hypothèque tacite sur les biens du mari; il veut même que cette hypothèque soit privilégiée, et qu'elle prime même les hypothèques qui lui sont antérieures en date. Mais ce privilége est tout personnel à la femme ou à ses descendants; il ne passe pas à ses autres héritiers, qui ne succèdent qu'à l'hypothèque ordinaire (1). (App. 4. liv. 4.)

**XXX.** In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita, doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque : excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus; ne sub pretextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

**30.** Dans les actions de bonne foi, plein pouvoir est donné au juge d'estimer, selon l'équité, les restitutions dues au demandeur. Ce qui emporte le devoir, si le demandeur doit à son tour quelque chose, d'en faire compensation et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat. Dans les actions de droit strict elles-mêmes, en vertu d'un rescript du divin Marc-Aurèle, sur l'opposition de l'exception de dol, la compensation était introduite. Mais notre constitution, donnant une plus grande extension aux compensations qui se fondent sur un droit évident, veut qu'elles diminuent de plein droit les actions, soit réelles, soit personnelles, soit toutes autres; sauf la seule action de dépôt, dans laquelle nous croirions par trop odieux d'opposer la compensation pour quoi que ce soit; et sous ce prétexte, de frauder le déposant de la restitution des choses par lui confiées.

2142. Nous nous bornerons pour le moment à déduire seulement de ce paragraphe ce principe, qui nous est d'ailleurs déjà

(1) Voir sur cette matière : Dig. 24. 3 et C. 5. 18. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*. C. 5. 13. *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus præstita.*

connu (ci-dessus, n° 1988, 3°), savoir : que dans les actions de bonne foi la compensation devait être opérée par le juge, sans qu'il fût nécessaire que la formule lui en donnât spécialement le pouvoir, tandis que dans les actions de droit strict il ne pouvait la prendre en considération qu'autant que la demande en avait été insérée dans la formule par quelque modification. Quant aux détails sur les règles de la compensation au temps de Justinien, nous les renvoyons sous le § 39 qui va suivre, et qui est spécial pour cette matière.

**XXXI.** Præterea, quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus : in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur : in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi-Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur *quod aut metus causa aut dolo malo factum est;* item *cum id quod certo loco promissum est petitur*. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

**31.** En outre, certaines actions se nomment arbitraires, c'est-à-dire dépendant de l'*arbitrage* du juge. Dans ces actions, si le défendeur ne donne pas au demandeur la satisfaction prescrite par l'arbitrage du juge, par exemple la restitution de la chose, ou l'exhibition, ou le payement, ou l'abandon noxal d'un esclave, il doit être condamné. Parmi ces actions s'en trouvent tant de réelles que de personnelles; de réelles, comme les actions Publicienne, Servienne, relative aux effets du colon, quasi-Servienne, aussi nommée hypothécaire; de personnelles, par exemple, les actions intentées pour ce qui a été *fait par suite de crainte ou de dol;* l'action par laquelle *on demande ce qui a été promis dans un lieu déterminé*. L'action *ad exhibendum* est aussi arbitraire. Dans toutes ces actions et autres semblables, le juge a le pouvoir d'estimer, d'après l'équité et suivant la nature particulière de chaque objet, quelle satisfaction est due au demandeur.

2143. Nous avons déjà exposé avec détail l'origine, l'utilité et le caractère des actions arbitraires sous le système de la procédure par formules (ci-dessus, n°° 1990 et suiv.). Dans la procédure extraordinaire, bien qu'il ne soit plus question de la rédaction d'une formule, le caractère constitutif de l'action arbitraire reste; le juge continuera dans ces sortes d'actions, après avoir arbitré selon l'équité (*ex æquo et bono*), la satisfaction qui est due au demandeur, à rendre, avant d'en venir à la sentence, un *jussus* ou *arbitrium,* c'est-à-dire un ordre préalable, enjoignant au défendeur de donner cette satisfaction dans un délai déterminé; si le défendeur obéit au *jussus* et donne la satisfaction prescrite, il sera absous; sinon il sera condamné *quanti ea res erit*. — Nous savons également que la destination spéciale et originaire des actions arbitraires a été la poursuite des droits réels : de telle sorte que toutes les actions *in rem,* tant civiles que prétoriennes, sont arbitraires (1). En outre, parmi les actions *in personam,* on

(1) Voir cependant, pour la pétition d'hérédité, ci-dessus, n° 2135, et ci-dessous, n° 2187.

compte comme arbitraires : dans les actions civiles, l'action *ad exhibendum* et l'action *finium regundorum;* dans les actions prétoriennes, l'action *quod metus causa,* l'action *de dolo malo,* parce que toutes les quatre sont ou restitutoires ou exhibitoires; certaines actions de bonne foi (V. n° 1996); plus, enfin, l'action *de eo quod certo loco,* qui a un caractère tout particulier, sur lequel il est nécessaire de porter son attention. Quant aux actions noxales que cite aussi notre texte, nous examinerons dans le titre qui leur est spécialement consacré (tit. 8) la question de savoir si elles sont ou non toutes arbitraires.

2144. *Quod aut metus causa aut dolo malo factum est :* L'action *quod metus causa* nous est déjà connue par ce que nous en avons dit aux §§ 25 et 27 qui précèdent, n°s 2131 et suivants. — Quant à l'action *de dolo malo,* elle doit être l'objet d'observations semblables, mais avec certaines différences bien marquées. — Le dol donne ouverture, comme la violence, à trois remèdes prétoriens : l'action, l'exception, la restitution; or il s'agit de savoir, ici comme pour la violence, dans quel cas c'est l'un ou l'autre de ces remèdes qui doit être employé.

2145. L'action et l'exception *de dolo malo* ont cela de différent de l'action et de l'exception *quod metus causa,* qu'elles ne se donnent que contre l'auteur même du dol ou ses ayants cause à titre lucratif, tandis que l'action et l'exception *quod metus causa* se donnent contre quiconque tirerait profit de la violence : on dit, en ce sens, des unes qu'elles sont *in personam,* et des autres qu'elles sont *in rem scriptæ.* — En outre, l'action de dol (mais non l'exception) est infamante; elle n'entraîne qu'une condamnation au simple, et non au quadruple comme celle de violence; elle ne dure qu'une année (1), tandis que l'action *quod metus causa* était d'un an aussi pour le quadruple, mais perpétuelle pour le simple (2). — Du caractère infamant de l'action de dol contre le condamné, et des conséquences graves de cette infamie, était sortie la règle que l'action de dol ne devait être donnée que lorsqu'il n'existait aucune autre voie pour se pourvoir contre les suites du dol. L'édit du préteur en contenait lui-même la restriction en ces termes : « *Si de his rebus alia actio non erit* », et c'est avec raison, dit Ulpien : « Quoniam famosa actio non temere debuit a prætore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri. » Action civile ou prétorienne, l'édit ne distingue pas, et la jurisprudence était encore allée plus loin en y comprenant même les interdits et les exceptions : « Usque adeo, ut [et] Pedius, lib. VIII, scribat, etiamsi interdictum sit quo quis expe-

(1) Après cette année, on n'a plus contre l'auteur du dol qu'une action *in factum,* jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, comme lorsqu'on attaque les héritiers, contre lesquels jamais l'action n'est infamante. DIG. 4. 3. *De dolo malo.* 29. Paul., et 17. § 1. f. Ulp. — *Ib.* 26. GAI. — *Ib.* 28. GAI. — (2) DIG. 4. 2. *Quod metus causa.* 14. § 1. f. Ulp.

riri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum »; même les restitutions, tout extraordinaire qu'en fût le secours : « Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere (1). »

2146. L'application de cette règle présente d'abord des difficultés de jurisprudence pour apprécier, en chaque espèce, s'il existe ou non quelque autre voie de faire réparer le préjudice résultant du dol, ou si aucune n'existant l'emploi de l'action *doli mali* est justifié : un très-grand nombre de textes insérés au Digeste dans le titre de *dolo malo* roulent sur cette difficulté; mais, en outre, il s'en présente de spéciales en ce qui concerne l'exception et la restitution pour cause de dol.

2147. Dans les cas auxquels s'applique l'exception de dol, c'est-à-dire dans ceux où le dol a fait naître au profit de celui qui l'a commis une obligation, l'obligé, qui aura la possibilité de se défendre, lorsqu'il sera attaqué, au moyen de l'exception, peut-il ici, comme dans le cas de violence (ci-dessus, n° 2132), prendre l'initiative et exercer l'action *doli mali* pour se faire libérer dès à présent de son obligation? Il semble qu'il faille répondre, en règle générale, que non, et nous avons un texte qui le décide ainsi (2). Cependant, si le magistrat reconnaît que les preuves du dol sont de nature à périr, que le créancier, amené *in jure* devant lui, temporise et retarde à mauvais dessein l'exercice de son action, nous croyons que l'action de *dolo malo* pourra être donnée, car il faut prendre la règle en ce sens que les intérêts de celui qui a souffert du dol peuvent être utilement sauvegardés d'une autre manière. C'est ainsi que l'exprime Ulpien, d'après Pomponius · « Et eleganter Pomponius hæc verba, *si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. »

2148. Quant à la restitution pour cause de dol, c'est une autre difficulté : si on prend d'une manière absolue la règle que la possibilité d'être restitué ferme l'accès à l'action de dol, et qu'on l'applique même à la restitution pour dol, on ne verra plus guère dans quel cas se donnera donc cette action de dol. Il ne restera absolument que les cas dans lesquels, en fait, la restitution sera devenue impossible : par exemple s'il s'agit d'une aliénation obtenue par dol, et que la chose ainsi aliénée ait péri. — Mais nous ne croyons pas que la règle fût aussi impérativement rigoureuse. Les exemples fournis par les textes nous la font voir appliquée aux restitutions pour cause de minorité (3); même à celles pour cause de dol quand il s'agit de restitution contre des actes de procédure (4) : encore n'est-ce pas toujours (5); mais non en fait de

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 1. §§ 1. 4 et 6. f. Ulp. — (2) *Ib*. 40. f. Furius Anthianus. — (3) *Ib*. 38. f. Ulp. — (4) Dig. 4. 1. *De in integr. restit*. 7. § 1. f. Marcell. — 42. 1. *De re judic*. 33. f. Callistrat. — (5) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 18. § 4. f. Paul.

contrats ou d'autres actes surpris par dol (1); en somme même, c'est moins comme règle obligatoire, que comme un meilleur parti à prendre par un bon préteur, que la préférence à accorder à la restitution sur l'action de dol est signalée : « Boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere (2). » — Nous croyons donc qu'en cela le magistrat avait un pouvoir d'appréciation, ainsi que nous l'avons déjà dit à l'occasion de la violence (ci-dess., n° 2134). — Nous trouvons aussi, au Digeste, des exemples dans lesquels la restitution pour cause de dol est donnée, à la différence de l'action, contre des personnes innocentes du dol, mais qui s'enrichiraient de ses effets (3).

2149. Quelquefois les parties, même dans un contrat *verbis*, ont soin de stipuler une garantie expresse contre le dol (*de dolo malo cautio*); par exemple, que les choses se font et se feront de bonne foi : « *Eaque sic recte dari fieri fide* », ou en d'autres termes équivalents : les plus usités, dont nous avons un très-grand nombre d'exemples dans les textes, sont ceux-ci : « *Dolum malum abesse abfuturumque esse.* » C'est ce qui se nomme dans le langage consacré des jurisconsultes romains, *doli clausula, doli mali clausula, de dolo malo clausula* (4). Il y avait des opérations dans lesquelles cette *doli clausula* était d'usage, par exemple dans les compromis (5). En outre, dans un très-grand nombre de stipulations prétoriennes, elle était obligatoire (6). — En semblable cas, ni l'action *doli mali*, ni la restitution pour cause de dol ne pouvaient avoir lieu, puisque l'action même de la stipulation y suffisait (7); et l'insertion d'une exception de dol n'était pas nécessaire dans la formule de cette action, puisque les termes mêmes de la stipulation portaient exclusion de dol. La formule s'en trouvait modifiée et ne gardait plus au même degré son caractère *stricti juris*. Nous voyons par Papinien, qu'en ce qui concerne l'exclusion du dol, cette formule était *incerta* (8); et

(1) *Ibid.* 38. f. Ulp. — (2) Voir la note 4, p. 643. — (3) Dig. 2. 10. *De eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat.* 3. § 1. f. Julian. — 11. 1. *De interrog. in jure.* 18. f. Julian. — (4) Dig. 44. 4. *De doli mal. except.* 4. § 16. f. Ulp. — 45. 1. *De verbor. oblig.* 22. f. Paul.; 38. § 13. f. Ulp.; 53. f. Julian.; 119 et 121. pr. f. Papin.; 122. § 1. f. Scævol. — 50. 16. *De verb. signif.* 73. f. Ulp. — (5) Dig. 4. 8. *De receptis.* 31. f. Ulp. — Cod. 2. 56. *De receptis arbitris.* 3. const. Dioclet. et Maxim. : « Doli mali clausula quæ compromissi stipulationi subjici solet. » — (6) Dig. 5. 3. *De heredit. petit.* 45. f. Cels. — 7. 9. *Usufructuar. quemadm. caveat.* 1. pr., et 5. pr. f. Ulp. — 39. 1. *De oper. nov. nunciat.* 21. § 2. f. Ulp. — 39. 2. *De damno infect.* 28 et 40. f. Ulp. — 35. 3. *Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.* 1. pr. f. Ulp. — 36. 3. *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.* 1. pr. f. Ulp. — 46. 7. *Judicatum solvi.* 17. 18 et 19. f. Venulej. — 46. 8. *Ratam rem haberi.* 22. § 7. f. Julian. — (7) Dig. 4. 8. *De receptis.* 31. f. Ulp. : « Et ideo si velit de dolo actionem exercere adversarius : non debebit, cum habeat ex stipulatu actionem. » — 44. 4. *De doli mal. except.* 4. § 16. f. Ulp. — (8) Dig. 45. 1. *De verbor. oblig.* 121. pr.

nous trouvons dans la loi de la Gaule cisalpine une action en vertu d'une pareille stipulation, complétement transformée, dans son *intentio*, en action de bonne foi (1).

2150. *Cum id quod certo loco promissum est petitur.* Lorsqu'une obligation a été formée avec indication d'un lieu déterminé pour le payement, cette circonstance emporte pour le créancier le droit d'agir contre le débiteur au lieu indiqué. Mais ici les règles de la procédure romaine relatives à l'*in jus vocatio* peuvent faire naître une grave difficulté : si le débiteur, soit à mauvais dessein, soit par nécessité d'autres résidences, ne se trouvait jamais au lieu indiqué (*si promissor ad eum locum in quem daturum se promisisset, nunquam accederet*), la *vocatio in jus* y serait impossible, puisqu'elle ne pouvait avoir lieu contre une personne absente (2). Il ne resterait au créancier, en cette localité, dans le cas où les circonstances pourraient s'y prêter, que les remèdes prétoriens contre le débiteur qui se cache. — Cependant le créancier n'a-t-il pas toujours la ressource d'agir contre son débiteur au *forum* compétent suivant les règles générales, notamment à celui de l'origine ou du domicile de ce débiteur, ou à Rome, commune patrie, ou au *forum* que les deux parties s'accorderaient à accepter? (3). Sans doute ces forums restent compétents (4); mais qu'adviendra-t-il de la demande formée devant eux? Ici, les règles romaines sur le pouvoir des juridictions faisaient surgir une autre difficulté. En effet, ce pouvoir, en droit romain, ne sort pas des limites de son territoire; le juge ne peut condamner à payer en un lieu hors de ces limites; lorsqu'il condamne, il va de soi qu'il condamne à payer au lieu où il juge; d'où il suit que la demande d'une telle condamnation, lorsque le lieu fixé pour le payement est autre, pourrait être entachée, suivant la formule dans laquelle elle serait conçue, d'un vice de plus-pétition à raison du lieu (*loco plus petitur*). Il importe donc de se reporter aux règles de la *plus-petitio* (ci-après, n° 2153 et suiv.) : le *forum* est compétent, la demande n'est-elle pas exagérée? — S'il s'agit d'actions de bonne foi, ou même d'actions de droit strict avec une *intentio incerta* : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPOR-

---

f. Papin. : « Ex ea parte cautionis, *dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse*... incerti agetur, stipulationis utiliter interponendæ gratia. » — (1) LEX *Galliæ cisalpinæ*, columna 1. § 20 : «... QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA, » etc. (Collection de M. Blondeau, p. 78.) Cette formule est reproduite deux fois, en deux occasions analogues, dans le même chapitre. Il s'agit de la *repromissio* ou de la *stipulatio damni infecti*, refusée par celui qui devait la faire; la formule est conçue en une forme fictive, comme si la *repromissio* ou la *stipulatio* avaient eu lieu. — (2) D. 13. 4. *De eo quod certo loco dari oportet*. 1. f. Gai. — (3) D. 50. 1. *Ad municip*. 29. f. Gai.; 33. f. Modest. — 5. 1. *De judiciis*. 1. f. Ulp. — (4) *Ibid.* 19. § 4. f. Ulp. : « Illud sciendum est, eum qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubi posse convenire, et hic et ibi : et ita Juliano et multis aliis videtur. »

TERE », il n'existe aucun danger de *plus-petitio* (ci-après, n° 2155), le juge étant autorisé par de telles formules à prendre en considération la différence de lieu. Mais si l'action est une action de droit strict ayant pour objet une chose certaine (*res certa*), c'est-à-dire s'il s'agit de la dation soit d'une somme d'argent déterminée, ce qui est, dans le sens le plus étroit, le véritable *certum petere;* soit d'une quantité déterminée de choses de consommation, par exemple tant de mesures de vin, de blé ou d'huile (1); soit même un corps certain, tel cheval, tel meuble, tel esclave : les dangers de la *plus-petitio* à raison du lieu existent; le juge, en effet, ne pourra pas condamner le défendeur à payer la somme fixe ou le prix de l'objet certain qui lui est demandé, puisqu'il ne les doit pas en ce lieu, ni tenir compte de la différence de lieu, puisque l'action est de droit strict avec *intentio certa*. D'où il suit que le défendeur sera absous, et que le créancier aura épuisé inutilement son action. C'est à cause de ce danger que Gaius dit que le stipulant ne pouvait agir qu'au lieu stipulé pour le payement (*alio loco, quam in quem sibi dari quis que stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere*); qu'il déclare inique l'impossibilité pour ce stipulant d'obtenir ce qui lui est dû si le promettant ne se trouvait jamais au lieu du payement (*iniquum erat... non posse stipulatorem ad suum pervenire*); et c'est pour y remédier que le préteur a créé une action utile arbitraire, l'action *de eo quod certo loco* (2).

2151. On peut conjecturer, avec M. Zimmern, que la formule en était ainsi construite, pour le cas de somme d'argent : « *Judex esto : si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit, quanti ea res erit condemna.* » On voit qu'elle offre ces particularités : 1° que l'*intentio* y est de droit civil et de chose certaine, comme dans la *condictio certi* elle-même; 2° qu'elle porte l'énonciation de l'obligation avec indication du lieu du payement; 3° que la clause *neque satisfactum erit* la rend arbitraire, puisque la satisfaction préalable empêchera la condamnation; 4° que cette condamnation y est indéterminée et laissée à l'appréciation équitable du juge, le *quanti ea res erit* se rapportant cette fois à l'objet demandé avec indication du lieu où il devait être payé et à l'absence de satisfaction à cet égard.

Nous ne faisons aucun doute que la satisfaction comprise dans l'arbitrium du juge, à apprécier par lui *ex æquo et bono*, et faisant l'objet de son *jussus* préalable, pouvait être, suivant les cas, soit le payement de la chose due en tenant compte de la différence de lieu, soit même seulement une valable caution de payer au lieu indiqué (3).

---

(1) D. 13. 4. *De eo quod certo loco*. 3. f. Gai. — (2) *Ibid*. 1 f. Gai. — (3) *Ibid*. 3 f. Gai et 4. § 1. f. Ulp., en remarquant le mot *interdum*.

*De la condamnation. — Plus-pétition et autres erreurs dans la demande. — Causes qui peuvent diminuer le montant de la condamnation : bénéfice de compétence, compensation, cession des biens.*

**XXXII.** Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, *certæ pecuniæ vel rei* sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

**32.** La sentence du juge doit toujours porter, autant que possible, sur *une somme d'argent déterminée*, ou sur *une chose déterminée*, quand même l'action aurait eu pour objet une chose indéterminée.

2152. Le principe déjà énoncé par nous (ci-dessus, n° 2066), que la condamnation, sous le système de la procédure extraordinaire, peut être non-seulement d'une somme pécuniaire certaine (*certæ pecuniæ*), mais aussi de toute autre chose déterminée (*vel rei*), qu'ainsi elle peut atteindre directement l'objet même de la demande, se trouve formellement énoncé dans ces expressions de notre paragraphe : « *Certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat.* »

**XXXIII.** Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur : veluti, si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis, pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia,

**33.** Si un demandeur, dans l'*intentio*, comprenait plus qu'il ne lui était dû, il était déchu, c'est-à-dire il perdait son droit, et difficilement était-il restitué par le préteur, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans. A un tel mineur, en effet, le secours prétorien était accordé, en connaissance de cause, dans ce cas, comme dans tous ceux où il aurait failli par jeunesse. Toutefois, même le majeur de vingt-cinq ans obtenait ce secours, lorsqu'il était intervenu une cause tellement grande de légitime erreur, que l'homme le plus infaillible y serait tombé. Par exemple si un légataire a demandé la totalité de son legs, et qu'ensuite on produise des codicilles révoquant ce legs en partie, ou faisant à d'autres des libéralités telles que la réduction de la loi Falcidie ayant lieu, il se trouve que ce légataire a demandé plus des trois quarts. Du reste la plus-pétition peut avoir lieu de quatre manières : par rapport à la chose, au temps, au lieu, à la cause. Par rapport à la chose, si par exemple quelqu'un, au lieu de dix sous d'or qui lui sont dus, en demande vingt; ou si, propriétaire d'une partie, il réclame la propriété du tout, ou d'une part plus grande. Par rapport au temps, par exemple, si quelqu'un demande avant le terme ou la condition; en effet, de même que payer trop tard c'est payer moins qu'on ne doit, de même demander trop tôt, c'est deman-

si is qui ita stipulatus fuerit : EPHESI DARE SPONDES? Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret : quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit : ut ecce, si quis ita a te stipuletur : HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit; adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa, talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus sit; et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter tyriam petat, plus petere intelligitur; quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. — Sed hæc quidem antea in usu fuerant : postea autem lex Zenoniana et nostra rem coercuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, statui oportet quod Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus

der plus qu'il n'est dû. Par rapport au lieu, si, par exemple, quelqu'un, ayant stipulé un payement dans un lieu déterminé, le demande ailleurs, sans mentionner le lieu fixé; comme si ayant fait cette stipulation : PROMETS-TU DE ME DONNER A ÉPHÈSE? il formule à Rome, purement et simplement, la prétention qu'on doit lui donner. En effet cette prétention pure et simple tend à priver le promettant de l'avantage qu'il avait à payer à Éphèse. C'est pour cela qu'à celui qui demande en un autre lieu, l'édit offre une action arbitraire, dans laquelle il est tenu compte de l'avantage qu'avait le promettant à payer au lieu convenu; avantage souvent considérable, surtout à l'égard des denrées, telles que le vin, l'huile, le froment, dont le prix varie suivant les diverses localités. L'argent lui-même ne rapporte pas en tout lieu le même intérêt. Mais si le créancier demande à Éphèse, c'est-à-dire dans le lieu où le débiteur a promis de payer, son action formulée purement et simplement est régulière, ainsi que l'indique le préteur lui-même, parce que, dans ce cas, le débiteur conserve tous ses avantages. De cette plus-pétition par rapport au lieu, se rapproche beaucoup la plus-pétition par rapport à la cause : par exemple, si quelqu'un, ayant ainsi stipulé de toi : PROMETS-TU DE ME DONNER L'ESCLAVE STICHUS OU DIX SOUS D'OR? demande seulement l'un des deux, l'esclave seulement, ou seulement les dix sous d'or. Il y a ici plus-pétition, parce que dans ce genre de stipulation le promettant a le choix de ce qu'il aimera mieux payer, soit la somme, soit l'esclave. Or, en prétendant qu'on doit lui donner la somme seulement, ou seulement l'esclave, le demandeur enlève le choix au défendeur, il rend meilleure sa condition, et plus mauvaise celle de son adversaire. Aussi existe-t-il, pour ce cas, une action dans laquelle le demandeur prétend qu'on doit lui donner l'esclave Stichus ou dix sous d'or, c'est-à-dire forme sa demande dans les termes mêmes de sa stipulation. Il y a encore plus-pétition de la part de celui qui, ayant stipulé un esclave, du vin, de la pourpre en général, demande spécialement l'esclave Stichus, du vin de Campanie, de la pourpre de Tyr, parce qu'il enlève le choix à son adversaire, libre, d'après la stipulation, de payer autre chose que ce qui est de-

fuerit petitum, omne si quod forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

mandé. Et quand même l'objet demandé serait le plus bas en valeur, il n'y aurait pas moins plus-pétition, parce que souvent il est plus facile au promettant de donner en payement une chose d'un prix plus élevé. — Tout ce que nous venons de dire avait lieu jadis; mais cette rigueur a été ensuite adoucie par la loi de Zénon et par la nôtre. Quand il y aura plus-pétition par rapport au temps, on devra décider comme l'ordonne la constitution de Zénon de glorieuse mémoire. Quant à la plus-pétition sous le rapport de la quantité ou de toute autre manière, s'il en est résulté pour celui contre qui elle a eu lieu un dommage quelconque, tel que l'augmentation du salaire des huissiers, que celui qui l'a commise soit, ainsi que nous l'avons dit plus haut, puni par une condamnation au triple de ce dommage.

**2153.** Ce paragraphe et les deux qui suivent traitent des conséquences que peuvent avoir les erreurs commises par le demandeur dans sa demande, et notamment de la plus-pétition (*plus-petitio*, ou *pluris-petitio*) (1).

**2154.** Sous le système formulaire, le juge étant renfermé, quant à sa mission et à son pouvoir, dans les termes mêmes de la formule, devait, si l'*intentio* du demandeur n'était pas justifiée, absoudre le défendeur, car tel était l'ordre que lui donnait la formule : « SI PARET... CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE. » Si donc le demandeur avait demandé dans son *intentio*, sous un rapport quelconque, plus qu'il ne lui était dû, cette *intentio* se trouvait non justifiée, le juge n'avait pas le droit de distinguer s'il y avait une partie de vrai à côté de la prétention fausse ; car la condition qui lui était posée par la formule pour la sentence à rendre était indivisible : « SI PARET...., SI NON PARET..., etc. » Dans ce cas, il devait donc absoudre le défendeur. Et dès lors, le droit déduit *in judicium* se trouvant éteint, soit *ipso jure*, par la novation judiciaire, soit *exceptionis ope*, selon la diversité des cas (ci-dess., n° 2046), le demandeur se trouvait déchu de toute action (*causa cadebat*). Tel était l'effet de la plus-pétition d'après les conséquences forcées des principes de la procédure formulaire.

**2155.** Mais il faut remarquer que si la formule par laquelle on agit est une formule *incerta*, dans laquelle l'*intentio* n'est pas d'un objet certain, mais où l'on demande seulement QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE, etc., il est impossible qu'il y ait plus-pétition, puisque le demandeur ne demande que ce qui sera jugé convenable (2). Ceci se rencontre soit dans les actions de bonne foi, soit même dans les actions de droit strict ayant pour objet

(1) COD. 3. 10. *De plus-petitionibus*. — (2) GAI. Comm. 4. § 54.

une *res incerta* (ci-dessus, nos 1258 à 1262, 1967). — Mais si l'action de droit strict est d'un objet certain, ayant par conséquent une *intentio certa*, soit une somme d'argent, CENTUM DARE OPORTERE, soit toute autre chose certaine, il importe de remarquer que le juge, même lorsqu'il s'y agit, par exemple, de tant de mesures de vin, de blé ou autre chose de consommation de telle qualité, ou bien de tel cheval, de tel esclave, de tel fonds de terre, y est renfermé dans la rigueur certaine de l'*intentio*; car bien que dans ces derniers cas l'expression de la *condemnatio* soit QUANTI EA RES ERIT, il n'est chargé d'estimer ainsi que la valeur de l'objet certain qui est demandé dans l'*intentio* (ci-dess., n° 2150). En conséquence la *plus-petitio* peut avoir lieu ici, et y doit produire ses effets.

2156. Il pourrait arriver que l'erreur en plus, au lieu d'exister dans l'*intentio*, se trouvât dans quelque autre partie de la formule, savoir, dans la *demonstratio*, ou dans la *condemnatio*. Elle n'y aurait pas les effets de l'erreur dans l'*intentio*, parce que l'*intentio* seule forme la condition de la sentence à prononcer. L'excès dans la *demonstratio* ne nuirait pas au demandeur et resterait sans conséquence, à moins qu'il ne s'agît d'une de ces actions dans lesquelles l'*intentio* et la *demonstratio* sont fondues ensemble et ne font qu'un (ci-dess., nos 1912, 1932 et 1973). Quant à l'excès dans la *condemnatio*, sans conséquence contre le demandeur, ce serait au défendeur qu'il pourrait nuire; mais celui-ci aurait le droit d'obtenir, par une *restitutio in integrum*, la rectification de cette partie de la formule (ci-dessus, nos 1950, *in fine*, avec la note 6, et 2018).

2157. Tels sont, en somme, dans la procédure formulaire, les principes sur la plus-pétition, que nous trouvons développés avec soin dans les Instituts de Gaius (1).

Mais dans la procédure extraordinaire, où l'office du magistrat et du juge sont confondus, où le juge n'est plus renfermé dans les termes d'une formule, et où plus de latitude lui est accordée, ces conséquences de la plus-pétition cessaient d'être logiques; et comme elles étaient d'une rigueur inique, elles furent modifiées: on peut même s'étonner qu'elles l'aient été si tard.

2158. D'après une constitution de l'empereur Zénon, que nous cite notre texte, le demandeur qui actionne avant le temps subira un délai double du délai primitif, sans pouvoir réclamer les intérêts courus dans l'intervalle, et avec obligation, s'il veut renouveler son action, de rembourser au défendeur tous les frais occasionnés par la première instance (2).

D'après Justinien, toute autre plus-pétition est réprimée par

(1) GAI. Comm. 4. §§ 53 à 60; et notamment § 57, pour l'erreur dans la *condemnatio*; §§ 58 et suiv. pour l'erreur dans la *demonstratio*. — (2) COD. 3. 10. *De plus-petitionibus*. 1. const. Zenon., et 2. pr. const. Justinian.

l'obligation imposée au demandeur de payer au défendeur le triple des dommages que l'exagération de la demande a fait éprouver à celui-ci, notamment le triple de l'excédant de salaire qu'il aura été obligé de donner aux *executores* ou huissiers (1).

A cette époque, du reste, où il n'est plus question d'*intentio*, ni des autres parties de la formule, on entend par plus-pétition toute exagération dans la demande qu'a formulée le *libellus conventionis* (2).

2159. Notre paragraphe explique suffisamment comment la plus-pétition peut avoir lieu sous quatre rapports : *re*, *tempore*, *loco*, *causa*. Nous n'ajouterons aucun développement à ceux que donne le texte.

Rappelons-nous que c'était précisément pour éviter la déchéance de la plus-pétition à raison du lieu qu'avait été introduite l'action arbitraire *de eo quod certo loco* (ci-dessus, n° 2151).

2160. Quant à la plus-pétition à raison de l'existence d'une condition, il paraît qu'elle avait été l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes, et les traces de cette controverse sont encore restées dans le Digeste de Justinien. Ainsi, on trouve des textes qui portent que ceux qui agissent avant l'événement de la condition, pour ce qui ne leur est dû que sous condition, agissent irrégulièrement, et cependant peuvent recommencer les actions après la condition accomplie (3). Cette décision est incontestable pour le cas de demande d'un legs avant la *diei cessio*. Pour les autres demandes, on peut, dans le droit de Justinien, concilier les textes en admettant que ceux qui, ayant voulu agir avant l'accomplissement de la condition, ont ensuite devant le magistrat renoncé à leur projet parce que celui-ci leur a fait apercevoir l'irrégularité de leur prétention, peuvent venir plus tard demander action lorsque l'événement de la condition a eu lieu (4).

**XXXIV.** Si minus in intentione complexus fuerit actor quam ad eum pertineat; veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

**34.** Si le demandeur dans l'*intentio* a compris moins qu'il ne lui était dû, par exemple, si quand dix sous d'or lui étaient dus, il a fait mettre dans l'*intentio* qu'on devait lui en donner cinq ; ou si, propriétaire d'un fonds entier, il en a réclamé comme sienne la moitié, il ne court aucun danger. Pour le surplus même, le juge n'en doit pas moins, dans la même instance, condamner l'adversaire, aux termes d'une constitution de Zénon, de glorieuse mémoire.

2161. Autrefois, lorsque le demandeur demandait moins qu'il ne lui était dû, il n'avait éteint son droit que jusqu'à concurrence

(1) *Ibid.* 2. § 2. const. Justinian. — (2) *Ibid.* 2. § 2 — (3) DIG. 20. 1. *De pignor.* 13. § 5. f. Marcian. — 21. 1. *De ædilit. edict.* 43. § 9. Paul. — *Ibid.* 46. 3. *De solut.* 36. Jul. — (4) Inst. 4. 13. § 10.

de ce qu'il avait demandé ; il pouvait donc obtenir une nouvelle action pour le surplus, pourvu qu'il ne la demandât pas pendant la même préture (1); *periculum* indiquait alors le danger de perdre son action. Mais, sous Justinien, *sine periculo agit* signifie que le demandeur n'aura pas besoin d'intenter une nouvelle action pour obtenir le surplus.

**XXXV.** Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet ; sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigeri ei permittimus : veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit ; aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

**35.** Si quelqu'un demande une chose pour une autre, il ne court aucun danger; son erreur, étant reconnue, pourra être réparée dans la même instance : comme si celui qui avait le droit de demander Stichus a demandé Erotès, ou ayant le droit d'agir en vertu d'une stipulation, a agi en vertu d'un testament.

2162. Autrefois, lorsqu'on avait demandé une chose pour une autre, on perdait son procès ; mais on pouvait, par une nouvelle action, demander la chose due, sans craindre l'exception de la chose jugée, et ce, pendant la même préture. Après avoir agi pour une partie seulement de ce qui était dû, on pouvait bien encore agir pour l'autre partie, mais pourvu que ce fût sous une autre préture, sans quoi on aurait été repoussé par l'exception *litis dividuæ* (2).

**XXXVI.** Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur ; sed modo solidum consequimur, modo minus : ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur ; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

**36.** Il y a en outre des actions dans lesquelles nous obtenons tantôt tout ce qui nous est dû, et tantôt moins ; par exemple quand nous agissons pour être payés sur le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. Car si dans ce pécule se trouve une valeur non inférieure à ce que nous demandons, le maître ou le père est condamné pour le tout ; sinon il n'est condamné que jusqu'à concurrence de ce que vaut le pécule. Quant à la manière d'évaluer le pécule, nous l'exposerons en son lieu.

**XXXVII.** Item, si de dote judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur ; si minus, in tantum quantum facere potest. *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur ;* nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

**37.** Quand la femme agit par action de dot, le mari ne doit être aussi condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut, c'est-à-dire autant que sa fortune le permet : si donc ses biens sont suffisants pour la valeur de la dot, il est condamné à la totalité, sinon à ce qu'il peut faire seulement. *Certaines rétentions, en outre, diminuent la répétition dotale ;* ainsi les dépenses faites pour les choses dotales peuvent être retenues par le mari, parce que la dot est diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires, ainsi que les livres plus étendus du Digeste peuvent l'apprendre.

---

(1) Gai. Comm. 4. § 56. — (2) *Ibid.*

2163. Il est certains cas dans lesquels le défendeur ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent : *in id quod facere potest*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur de son patrimoine (1). A quoi la jurisprudence avait fini par ajouter qu'on laisserait au débiteur de quoi l'empêcher d'être réduit à un entier dénûment : « *ne egeant* » (2). Nous savons que le débiteur faisait valoir cet avantage sous forme d'une exception toute particulière au moyen de laquelle la *condemnatio* était restreinte *duntaxat in id quod facere potest*, et qu'en conséquence les textes donnent fréquemment à cet avantage le titre d'exception *quod facere potest* (ci-dess., n° 1946). Les commentateurs le désignent sous le nom assez barbare de bénéfice de compétence (*beneficium competentiæ*).

2164. Ce bénéfice appartient : aux ascendants poursuivis par leur descendant; aux frères entre eux; au patron, à la patronne, à leurs enfants et ascendants actionnés par un affranchi; aux conjoints entre eux; aux associés agissant l'un contre l'autre par l'action *pro socio;* au donateur attaqué par le donataire en exécution de sa donation; à celui qui a fait cession des biens, et à quelques autres encore. Il est personnel, et ne se transmet pas aux héritiers de celui qui en jouit. Les Instituts, dans notre paragraphe et dans le suivant, énumèrent les principaux de ces cas.

Notre paragraphe, à l'égard de l'action entre conjoints, ne parle que de l'action en reprise de la dot; mais ce bénéfice a été généralisé sous Antonin le Pieux, et étendu à toute créance entre mari et femme, sauf celles résultant de délits (3).

2165. *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur.* Le mari, quand la dot est en argent, n'est obligé à la rendre que déduction faite des impenses nécessaires; car la dot pécuniaire est diminuée de plein droit par ces impenses. Si la restitution de la dot ne doit pas être en argent, il ne peut pas faire la déduction, mais seulement retenir la dot jusqu'à ce qu'il soit remboursé. Justinien, en bornant la réduction ou la rétention au cas des impenses nécessaires, a supprimé d'autres retenues qui existaient auparavant (4). — Quant aux dépenses utiles, le mari jadis avait aussi un droit de retenue, pourvu qu'elles n'eussent pas été faites malgré la femme (5). Justinien supprime ce droit de retenue, et n'accorde au mari, pour en être indemnisé, que l'action de mandat ou de gestion d'affaires (6). A l'égard des impenses voluptuaires, le mari n'a que le *jus tollendi,* c'est-à-dire le droit de reprendre tout ce qui peut être utilement enlevé.

---

(1) Dig. 42. 1. *De re judicata*, lois 16 à 21. — (2) Dig. 50. 17. *De regul. juris*. 173. pr. f. Paul. — (3) Dig. 42. 1. *De re judic.* 20. f. Modest. — (4) Ulp. Reg. 6. 9. et seq. — (5) Dig. 50. 16. 79. § 1. Paul. — Dig. 25. 1. 7. § 1. Ulp. — (6) Cod. 5. 13. loi uniq. § 5.

**XXXVIII.** Sed et si quis cum parente suo patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

**38.** Celui qui actionne son ascendant, son patron ou son associé par l'action de société, n'obtient rien au delà de ce que peut faire son adversaire. Il en est de même lorsqu'un donateur est attaqué en exécution de sa donation.

2166. Le bénéfice accordé au donateur a cela de particulier (1) que le patrimoine s'y estime déduction faite des dettes envers d'autres créanciers, afin que le donataire ne profite de la libéralité que dettes payées; on laisse même au donateur quelque chose, *ne egeat*, pour ne point le réduire à l'indigence (2).

**XXXIX.** Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debebatur. Namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.

**39.** Les compensations opposées par le défendeur font aussi très-souvent que le demandeur obtient moins qu'il ne lui était dû. Car le juge tient compte, d'après l'équité, de ce que le demandeur de son côté doit en vertu de la même cause, et ne condamne le défendeur qu'au reliquat, ainsi que nous l'avons déjà dit.

2167. Lorsque deux personnes se trouvent à la fois débitrices et créancières l'une de l'autre de choses exigibles, de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre, au lieu de mettre ces personnes dans l'obligation de se payer tour à tour, reprenant ainsi chacune d'une main ce qu'elles auront payé de l'autre, il est bien plus commode de simplifier l'opération, de faire entre les dettes et les créances respectives une balance réciproque, et de n'obliger qu'au payement du reliquat celle des deux parties qui s'en trouvera débitrice. Cette balance réciproque se nomme compensation (*pendere cum*, peser avec ou balancer). Elle est ainsi définie par Modestinus : « Compensatio est debiti et crediti inter se contributio », la contribution entre la dette et la créance, ou l'imputation réciproque de l'une sur l'autre (3); et Pomponius nous en indique l'utilité et le fondement raisonnable en ces termes : « Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere » : il nous est bien plus avantageux à chacun de ne pas payer que de redemander ce que nous avons payé (4).

2168. Cependant, dans les principes du droit romain, la compensation n'a jamais été une cause d'extinction des obligations. C'était une chose de commodité et d'équité entre les parties, à laquelle le juge a dû s'associer de plus en plus à mesure des progrès qu'a faits cette idée; mais ce n'a jamais été un événement qui pût dissoudre par lui-même les liens de droit respec-

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 19. § 1. f. Paul. — (2) Cette dernière décision est mal à propos généralisée dans un texte attribué à Paul (Dig. 50. 17. *De reg. jud.* 173). Il est illusoire de laisser quelque chose au condamné, si on ne déduit point les dettes. — (3) Dig. 16. 2 *De compensationibus*. 1. f. Modestin. — (4) *Ibid.* 3. f. Pompon.

tifs formés entre ces parties. Aussi ne l'avons-nous pas vue figurer, même dans les Instituts de Justinien, au nombre des modes de solution (ci-dess., nos 1672 et suiv.). Toutefois, même dans ces limites, les règles sur la compensation ont tellement progressé, avec le temps, dans la jurisprudence et dans la législation romaines, et elles se sont tellement modifiées, surtout dans le système législatif de Justinien, qu'on ne peut plus lire avec sécurité les anciens textes insérés à ce sujet au Digeste de cet empereur, tant ils ont dû subir d'altérations ou d'interpolations pour s'accommoder au système alors existant (1). L'histoire seule peut faire comprendre le caractère et la marche des idées sur ce sujet.

2169. Là-dessus, une fois la méthode historique adoptée, on est conduit logiquement, par l'étude des documents, pour l'époque du système formulaire, quant à une classe nombreuse d'actions, à certaines conséquences qui, à les juger par nos idées et par nos pratiques de procédure actuelles, semblent tellement étranges, qu'il n'y a pas à s'étonner si l'exposition que nous en avons faite a eu peine à trouver crédit, et si même parmi les personnes parlant avec autorité du droit romain, la tendance commune a été de se refuser à les admettre. Ce nous a été un motif pour nous défier de nous-même et pour soumettre notre manière de voir à un nouvel examen : nous avons puisé dans cet examen nouveau et jusque dans les objections qui nous ont été faites une conviction plus forte, avec des preuves par lesquelles nous espérons mettre la question hors de controverse.

2170. Les singularités dont il s'agit ne sont d'ailleurs qu'une suite logique d'autres singularités principales auxquelles nous sommes parfaitement habitués quand nous parlons du système formulaire. Nous devons les prendre comme des inconvénients sans doute, à côté des nombreux avantages de cet ingénieux procédé par lequel les Romains étaient parvenus à soumettre le jugement des contestations civiles, quelle qu'en pût être la diversité, à des juges jurés pris parmi les citoyens ou habitants du pays, dans des instances organisées juridiquement par le magistrat.

2171. Ces singularités reconnues et acceptées historiquement par chacun, et qui doivent servir ici de point de départ, parce qu'elles produisent leur effet dominant quant aux questions de compensation, sont les suivantes :

1° Que le juge du système formulaire n'a d'autre mission et d'autre pouvoir que ceux qui lui sont déférés par la formule; que, nommé juge de telle affaire, par exemple de tel contrat de vente (ce qui embrasse les suites et les dépendances de ce contrat), il ne l'est pas de toute autre affaire distincte qui peut exister séparément entre les mêmes personnes, louage, prêt, legs, stipulation ou

(1) Dig. 16. 2 et Cod. 4. 31. *De compensationibus.*

toute autre. Pour qu'il eût à s'en mêler, il faudrait que la formule eût compris aussi cette autre affaire dans sa mission. De quelle conséquence ceci ne sera-t-il pas dans la compensation lorsqu'il s'agira d'opposer à une obligation une autre obligation née d'une autre cause, et comment juger sainement du système formulaire à cet égard, si nous voulons le faire avec nos idées d'aujourd'hui sur nos juridictions permanentes, investies d'une compétence générale?

2° Que dans les formules dans lesquelles la prétention du demandeur est rédigée d'une manière précise, en un objet de demande certain et déterminé (*intentio certa*), le juge n'a d'autre alternative que d'accorder ou de refuser le tout, sans aucun tempérament possible : tout ou rien; à moins encore que la formule ne lui ait donné quelque pouvoir de diminution spécialement mentionné dans le règlement de sa mission. De quelle conséquence encore ne doit pas être dans les questions de compensation ce principe qui tient à la roideur de certaines formules, et comment juger sainement d'un tel système si on veut le faire avec nos idées actuelles sur le pouvoir de pondération qui appartient à nos juges?

3° Que par suite même du principe qui précède, dans les formules dont nous venons de parler, le demandeur qui a exagéré sa prétention, ne fût-ce que de la moindre quantité ou de la moindre manière, perd tout son procès, et que, soit par les effets du droit lui-même, soit par celui des exceptions, il le perd sans pouvoir désormais recommencer son action, qu'il avait ainsi mal intentée. Quel danger en présence des compensations possibles, si nous voulons juger d'un tel système avec nos idées modernes, et quoi de plus inéquitable à nos yeux que cette manière de perdre son action et son droit!

4° Enfin que, d'après la manière dont la formule est conçue, sauf en un petit nombre d'actions spéciales rangées à part, c'est le défendeur seul que le juge a à condamner ou à absoudre; aucun pouvoir de condamnation ne lui est donné contre le demandeur : il aurait fallu, pour qu'il en fût autrement, quelque mode particulier de rédaction qui nous est resté inconnu, et qui aurait été comme la réunion de deux formules en une (1). Quel obstacle encore à l'effet régulier de la compensation, lorsque c'est la créance invoquée par le défendeur qui dépasse par son montant celle du demandeur!

2172. Il est facile de pressentir à l'avance combien les règles sur la compensation ont dû être atteintes forcément par toutes ces singularités qui sont le propre du système formulaire; nous montrerons cependant comment la rigueur même de ces principes était

(1) On peut conjecturer que quelque chose de semblable pouvait avoir lieu, d'après l'opinion de Papinien rapportée au Cod. 7. 45. *De sententiis*, 14. const. Justin.

la base sur laquelle une conduite raisonnable des affaires avait été assise, et comment la jurisprudence romaine, essentiellement pratique, avait à sa disposition plus d'un procédé pour aboutir, en définitive, à des résultats équitables.

2173. Dès qu'on est sorti du système formulaire pour entrer dans la procédure *extra ordinem*, ces diverses particularités, qui n'ont plus leur raison d'être, disparaissent ou se modifient, et avec elles se modifient aussi inévitablement les règles pratiques de la compensation : jusqu'à Justinien, qui met législativement la dernière main à ces changements. Ce n'est donc pas, non plus, avec les idées de ce troisième système qu'on peut arriver à apprécier exactement ce qu'était la compensation du temps des formules.

2174. Si nous nous plaçons en ce temps, et que nous examinions la formule des actions de bonne foi, par exemple d'une action *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conducti*, *pro socio*, *mandati*, et autres semblables, voici ce que nous reconnaîtrons : — D'un côté, l'*intentio* du demandeur y étant formulée en ces termes : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA, » d'où il suit que le juge y était chargé d'apprécier *ex æquo et bono* ce que devait le défendeur, et de le condamner conformément à cette appréciation ; — d'un autre côté, le fait invoqué comme cause de l'obligation étant de nature à avoir fait naître des engagements de part et d'autre (*ultro citroque*) : — il parut contraire à l'équité de condamner le défendeur à tout le montant de son obligation, tandis que le demandeur lui devrait, de son côté, quelque chose par suite du même fait (*ex eadem causa*). Il fut reçu, en conséquence, qu'il entrerait dans l'office du juge, en cas pareil, d'apprécier les obligations réciproques des parties, d'en opérer la compensation, et de ne condamner le défendeur qu'au payement du reliquat, s'il y en avait un à sa charge. Cela dut avoir lieu non-seulement quand chacune des obligations réciproques avait pour objet des choses de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre, par exemple, de l'argent, du vin, du froment, mais même quand l'objet était tout différent, comme il arrive dans la vente, dans le louage, dans le commodat ; et cela par une raison toute simple : c'est que dans le système formulaire toute condamnation étant pécuniaire, toute obligation quelconque se réduisait toujours pour le juge en une appréciation en argent, et c'était là-dessus qu'il devait opérer la compensation. C'est ce pouvoir du juge que les jurisconsultes romains exprimaient lorsqu'ils disaient que la compensation, dans les actions de bonne foi, et pour des obligations procédant *ex eadem causa*, avait lieu *ipso jure*, c'est-à-dire *ex officio judicis*, sans qu'il fût nécessaire que les parties en obtinssent le droit du préteur, ni que la formule en conférât le pouvoir spécial au juge (1). Mais si le juge ne l'avait pas faite, l'action

(1) GAI. Comm. 4. §§ 61 et 63. — DIG. 16, 2. *De compensat.* 21. f. Paul — Et ci-dessus, § 30, p. 640.

primitive subsistait toujours pour se faire payer la créance non compensée, parce que la compensation, même dans le cas des actions de bonne foi, n'était qu'une conséquence de la procédure et non pas un moyen d'extinction des obligations (1).

2175. Ce pouvoir de compensation, dans les actions de bonne foi, n'avait lieu que pour les obligations procédant *ex eadem causa*, par la raison que nous avons déjà donnée (ci-dessus, n° 2171 1°), savoir, que le juge romain n'était qu'un homme privé, dont la mission ne s'étendait pas au delà de l'affaire pour laquelle il avait été commis. La formule le chargeait-elle de juger, *ex æquo et bono*, une action de vente par exemple : il devait prendre en considération toutes les obligations résultant de ce contrat de vente et des faits qui s'y rattachaient comme suite ou comme dépendance; mais si l'une des parties venait à exciper de ce qu'elle prétendait lui être dû en vertu de toute autre cause, par exemple en vertu d'un louage, d'une société, d'un délit, faits non compris dans la formule, le juge était sans pouvoir à cet égard.

2176. Une matière spéciale reçut là-dessus des règles toutes différentes. Lorsque l'*argentarius*, qui faisait commerce de l'argent et qui avait avec ses clients des comptes courants de créances et de dettes, voulut agir contre l'un d'eux pour se faire payer ce qui lui était dû, il fut obligé d'en régler lui-même le compte, d'opérer la balance, la compensation, et de n'actionner celui à qui il avait affaire que pour le reliquat dont celui-ci restait son débiteur. La formule de son *intentio* était conçue en ce sens : « SI PARET TITIUM SIBI X MILLIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET (2). » Mais pour qu'il fût obligé à agir ainsi il fallait de toute nécessité qu'il s'agît de dettes et de créances réciproques non-seulement échues chacune, mais encore de même genre et susceptibles de se compenser l'une avec l'autre, comme de l'argent avec de l'argent, du vin avec du vin, du froment avec du froment. Quelques jurisconsultes exigeaient même qu'il s'agît de vin, de froment de même qualité (3). L'*intentio* de l'*argentarius*, pour ces choses de consommation, était toujours formulée dans le même sens : « S'il est prouvé que Titius lui doive dix mesures de blé de plus qu'il n'en doit lui-même à Titius. » — Remarquez que par une telle formule le juge est investi expressément de la connaissance de toutes les créances ou dettes de la nature indiquée dans l'*intentio*, qui existent et qui sont échues réciproquement entre l'*argentarius* et son client. Il en est investi, non-seulement parce que le compte courant de ces creances forme par lui-même un seul tout dont il s'agit de trouver le reliquat; mais parce que la formule le lui enjoint textuellement : « X MILLIA AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET. » Nous sommes donc ici bien exactement dans les principes du sys-

(1) DIG. 3. 5. *De negot. gest.* 8. § 2. f. Ulp. et 27. 4. *De contrar. tut act.* 1. § 4. f. Ulp., où il s'agit precisément d'actions de bonne foi. — 16. 2. *De compens.* 7. § 1. f. Ulp. — (2) GAI. 4. § 64. — (3) GAI. 4. § 66.

tème formulaire relatifs à l'office du juge et à la fixation de sa compétence, qui n'existe que dans les termes de la formule ellemême. Ainsi le juge, s'il s'agit d'un reliquat de tant de mesures de vin par exemple, n'aura pas à s'occuper des créances d'argent, ou de blé, ou de toute autre nature, qui peuvent exister entre les mêmes parties; il s'occupera seulement des créances de vin échues. — Remarquez encore que si l'*argentarius*, dans la somme ou dans la quantité qu'il a formulée en son *intentio* comme étant le reliquat qui lui est dû, a mis un sou (*uno nummo*), une fraction quelconque de mesure de plus, le juge doit, suivant ce qui lui est ordonné par le texte même de la formule, absoudre le demandeur : l'*argentarius* perd sa cause et se trouve déchu de son action (*causa cadit et ob id rem perdit*). Nous sommes toujours bien exactement dans les principes du système formulaire (1). — Je reconnais que tout ceci a lieu sans qu'on puisse dire que la compensation dans le cas de l'*argentarius* soit une cause d'extinction mutuelle des créances l'une par l'autre. M. Frédéric Duranton, dans son article intéressant sur la compensation (2), a eu raison de relever ce que paraissaient avoir d'inexact à ce sujet les expressions dont je me suis servi dans les éditions précédentes. Un tel mode d'extinction des obligations est étranger aux idées romaines (ci-dess., n<sup>os</sup> 1672 et suiv.). Les créances continuent bien de subsister de part et d'autre; mais le banquier, qui tient les registres, qui est obligé de faire le décompte et d'opérer lui-même la compensation, en prétendant qu'il lui est dû *tant de plus qu'il ne doit lui-même*, a, comme tout demandeur, à justifier son *intentio;* s'il y manque, fût-ce de la moindre quantité, c'en est assez pour que le juge, d'après l'alternative où le place la formule, doive absoudre le défendeur (*causa cadit, et ob id rem perdit*).

**2177.** Gaius nous fait connaître une autre institution spéciale qui aboutit encore, en définitive, pour nous, à une opération de compensation; mais qui cependant, dans le langage et dans la construction des formules, se séparait bien distinctement de ce qu'on appelait *compensation* dans ce même langage, et qui, par la force même des principes formulaires, n'avait ni les mêmes règles ni les mêmes conséquences. Il s'agit de la *deductio, quæ objicitur bonorum emptori*, c'est-à-dire qui est opposée à l'acheteur du patrimoine d'un débiteur obéré, dont nous avons décrit la situation, ci-dessus, n<sup>os</sup> 1161 et suivants. — Dans ce naufrage du patrimoine, il avait paru juste aux jurisprudents romains, que ceux qui s'en trouvaient à la fois débiteurs et créanciers ne pussent être contraints au payement de leur dette que déduction faite du montant de leur créance : en conséquence, l'acheteur du patrimoine ne fut admis à agir contre eux qu'avec déduction (*debet cum deductione agere*), c'est-à-dire avec une formule telle que la

(1) *Ibid.* § 68. — (2) *Revue de droit français et étranger*, tom. III. 1846.

mission de faire cette déduction fût conférée au juge (1). Gaius a soin de nous dire que tandis que le compte de la compensation se mettait dans l'*intentio* : « SI PARET X MILLIA AMPLIUS QUAM, etc. », la déduction, au contraire, se plaçait dans la *condemnatio* : « Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur... deductio vero ad condemnationem ponitur (2). » Il y avait donc, sous ce rapport, une construction de formule toute différente; la *deductio* était une restriction mise à la condamnation, de la nature de celles que nous avons déjà signalées (ci-dess., nos 1936 et 1946); le juge ne recevait pouvoir de condamner que déduction faite; cette partie de la formule devait être conçue à peu près en ce sens : « NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA QUOD SUPERES DEDUCTO EO QUOD INVICEM SIBI DEFRAUDATORIS NOMINE DEBETUR (3). » — Nous sommes toujours ici, bien exactement, comme on le voit, dans les principes du système formulaire : les termes mêmes de la formule marquent au juge son pouvoir de déduction, et étendent en conséquence sa mission non-seulement sur l'examen de la créance réclamée par le demandeur, mais encore sur celui des créances invoquées réciproquement par le défendeur. Il y a plus, je suis persuadé que la formule y mettait plus de précision encore, et que dans la *demonstratio*, ces créances invoquées par le défendeur en réponse à l'attaque de l'acheteur du patrimoine (*deductio quæ objicitur bonorum emptori*) étaient indiquées, de manière que le QUA DE RE AGITUR, paroles finales de la *demonstratio*, s'appliquassent à l'ensemble de tous les faits auxquels se référait la mission du juge. — De ce que la *deductio* est insérée dans la *condemnatio* et en rend le montant incertain, il suit qu'il ne saurait y avoir dans une pareille formule péril de plus-pétition, comme dans celle de compensation (4). — Et de ce que c'est le juge qui est chargé de faire cette déduction, il suit qu'à la différence de ce qui se passe à l'égard de la compensation, ici, de quelque objet et de quelque nature diverse que soient les créances, peu importe : comme le juge apprécie le tout, en définitive, en sommes pécuniaires, il fera la déduction voulue. Gaius dit qu'il devra même déduire les créances à terme non échu, soit que la vente du patrimoine emportât contre le débiteur obéré déchéance du bénéfice du terme, soit plutôt que le juge dût tenir compte dans son estimation de la différence de temps (5).

2178. Il résulte de cet exposé, puisé dans les Instituts de Gaius, qu'à prendre la législation et la jurisprudence romaines au moment où ce jurisconsulte écrivait ce livre, on y aperçoit distinctement ces trois institutions diverses : la compensation dans les actions de bonne foi, la compensation spéciale de l'*argentarius*, et la *deductio* imposée à l'acheteur du patrimoine. Cette dernière n'était

(1) GAI. 4. § 65. — (2) *Ibid.* § 68. — (3) *Ibid.* 65. — (4) *Ibid.* § 68. — Voir ci-dessus, nos 2156 et 2176. — (5) GAI. 4. § 67.

pas restreinte, sans doute, au seul cas d'application indiqué; Gaius ne paraît citer l'acheteur du patrimoine que comme un exemple (*velut bonorum emptor*); et il est permis de conjecturer, même d'après certains textes où ces expressions se retrouvent, que cette formule de *deductio* pouvait être employée utilement ou devenir nécessaire en d'autres circonstances (1).

2179. Les trois institutions mentionnées par Gaius laissent en dehors, pour la compensation, les actions de droit strict en général (à part le cas spécial de l'*argentarius*), et même toutes les actions autres que celles de bonne foi; mais nous apprenons par les Instituts de Justinien (§ 30, ci-dessus), que, d'après un rescrit de Marc-Aurèle, sur l'opposition qui était faite de l'exception de dol, la compensation était introduite dans les actions de droit strict : « Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. » C'est là le seul témoignage que nous ayons de l'existence de ce rescrit; il n'en est fait mention nulle autre part; et Gaius, qui vivait au temps de Marc-Aurèle, n'en dit rien dans ses Instituts. Il y a deux manières d'expliquer ce silence : — soit, à l'égard de Gaius, en supposant qu'au moment où il écrivait ses Instituts, le rescrit de Marc-Aurèle n'avait pas encore paru; ou plutôt, et c'est là ce que je serais porté à présumer pour mon compte, qu'il faut s'en prendre à la lacune existant précisément ici dans le manuscrit de Gaius, et que le § 61 de ce manuscrit, où il est traité de la compensation dans les actions de bonne foi, était précédé des règles de cette compensation dans les actions de droit strict; — soit, à l'égard de tous, en en concluant que le rescrit de Marc-Aurèle n'avait pas apporté dans la jurisprudence une innovation profonde, qui la fit sortir de ses règles habituelles. Nous croyons encore, quant à nous, que cette dernière conclusion est exacte, que le rescrit n'a fait que régulariser et fortifier des pratiques déjà existantes dans la procédure formulaire : et nous en avons la preuve dans plusieurs fragments des jurisconsultes antérieurs au règne de Marc-Aurèle, dans lesquels il est traité de la compensation d'une manière beaucoup plus générale que s'il s'agissait uniquement d'une particularité des actions de bonne foi, et où des affaires de droit strict sont même mentionnées textuellement (2).

(1) Dig. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 7. f. Ulp. — 16. 2. *De compensat*. 8. f. Gai.; 15. f. Javol. — Paul. *Sentent*. 2. 5. § 3.

(2) Dig. 1. 2. *De compensat*. 2. f. Julian. : « Unusquisque creditorem suum, eumdemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare. » Ceci est bien général, et ce fragment, dont nous donnerons d'ailleurs l'explication, est bien remarquable pour notre thèse. — 5. f. Gai. où il s'agit d'action contre un fidéjusseur, et par conséquent de droit strict. — 10. f. Ulp., d'après Julien, où il s'agit de stipulation. — 13. f. Ulp., d'après Labéon. — 15. f. Javol., où il s'agit également de stipulation. — Labéon, Javolénus, Julien sont antérieurs à Marc-Aurèle, et quant à Gaius, on suppose, d'après son silence, qu'il écrivait avant le rescrit. Il est par trop commode, en pareille rencontre, de dire de ces

2180. Mais quel était l'effet de l'exception de dol ainsi opposée dans le but d'arriver à la compensation? C'est ici que nous soutenons, d'après la connaissance bien acquise aujourd'hui du système formulaire, d'après la nature et la rédaction des exceptions diverses et en particulier de celle de dol, d'après la constitution des pouvoirs du juge par les termes mêmes de la formule, en un mot, d'après toutes les notions que nous a fournies le manuscrit de Gaius, qu'à notre question il n'y a que cette réponse : l'exception de dol, une fois l'instance organisée et les opérations *in jure* closes par la *litis contestatio*, si elle a été insérée dans la formule et qu'elle soit vérifiée par le juge, emporte absolution du défendeur et par conséquent déchéance du demandeur, même pour l'avenir, de son droit d'action, désormais épuisé (1).

2181. Ceux qui, sous l'empire de nos idées actuelles, ou même des idées reçues dans la procédure extraordinaire des Romains, ont imaginé pour l'époque du système formulaire une exception de dol dont l'effet aurait été d'attribuer au juge dans les actions de droit strict, comme dans les actions de bonne foi, le pouvoir de faire la compensation entre les dettes et les créances des deux parties, et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat, ont rêvé un effet impossible sous cette forme, parce qu'il est inconciliable avec le mot même d'exception de dol et avec toutes les règles du système formulaire à cet égard. Je dis rêver, non dans aucune intention blessante pour les jurisconsultes éminents qui ont longtemps suivi cette opinion, ni pour ceux qui y ajoutent encore foi; mais parce que leur idée d'une telle exception de dol est vague et confuse comme les idées d'un rêve, et que je crois pouvoir les mettre au défi de la formuler en une rédaction hypothétique quelconque d'exception produisant un tel effet, à laquelle il soit possible de maintenir encore le nom d'exception de dol. Ce qu'il était permis de s'imaginer là-dessus avant la découverte et l'étude de Gaius ne l'est plus aujourd'hui.

2182. La vertu des exceptions, qui sont des conditions sous forme négative, SI NON, SI NIHIL, mises à la condamnation, et qui ont pour effet de rendre cette condamnation doublement conditionnelle (ci-dess., n°s 1945 et 1948), est bien connue; la rédaction de l'exception de dol en particulier nous est donnée catégoriquement : « SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT..., CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE » (ci-dess., n° 1945). L'alternative y est bien uniquement de condamner ou d'absoudre.

---

fragments, même quand les faits et les expressions y répugnent, qu'ils se rapportaient à l'*argentarius*, mais qu'ils ont été interpolés.

(1) M. PILETTE, docteur en droit, déjà cité, dans un article justement remarqué sur la compensation (*Revue historique de droit français et étranger*, n° de mars et avril 1861), est venu à l'appui de cette thèse, et quoique en divergence d'opinion avec nous relativement à quelques détails d'interprétation de certains textes, le fond de ses conclusions, sur la question posée, est le même.

Il en est absolument de même si, au lieu de rédiger l'exception sous la qualification de dol, le préteur, par égard pour le demandeur, l'a conçue *in factum*. L'alternative ne varie pas : condamner ou absoudre ; et il en sera toujours ainsi, quelque modification de rédaction que l'on suppose, tant qu'on restera dans le même genre d'exception. Il faudrait renverser toutes nos idées sur les exceptions en droit romain au temps du système formulaire, pour aboutir là-dessus à un autre résultat, lequel est impossible. Ou bien il faut sortir de ce genre d'exceptions, et entrer dans un autre. « Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione (c'est le cas de l'exception de dol), modo minuit damnationem » (ci-dessus, n° 1946) : mais alors c'est un genre d'exceptions tout différent par sa place, par sa rédaction et par ses résultats.

2183. En effet, nous savons qu'il peut exister dans une formule certaines *adjectiones*, ou parties accessoires, qui se nomment aussi exceptions, et qui sont ajoutées à la condamnation dans le but d'en restreindre le montant. Telles sont celles de la condamnation jusqu'à concurrence, ou du pécule, ou de ce que le défendeur pourra faire (ci-dess., n° 1946, et §§ 36, 37, 38, *hoc. tit.*) ; telle est encore la *deductio* (ci-dess., n° 2177). Mais celles-ci ne sont pas opposées négativement à l'*intentio*, elles sont appliquées uniquement, comme régulateur, à la *condemnatio* ; le préteur n'en fait pas une condition de la condamnation, SI NON... SI NIHIL... etc. ; il en fait une limitation du montant de cette condamnation, une sorte de taxation : « DUNTAXAT *de peculio et de eo quod in rem versum est*... ou DUNTAXAT *in id quod facere potest*... ou *Quod superest deducto eo quod invicem sibi ab Aulo Agerio debetur*... CONDEMNA. » Si le texte se bornait à dire que la compensation se faisait valoir par *une exception*, il serait naturel de supposer quelque exception semblable ; mais il désigne formellement l'*exception de dol* : or celle-ci est trop connue, trop en usage dans le droit romain, son nom y est trop consacré pour qu'il soit permis de s'y méprendre ; on sait qu'elle n'est ni de cette nature ni de cette rédaction. — Gaius, en traçant le parallèle entre la compensation de l'*argentarius* et la *deductio*, y signale, entre autres différences distinctives, celle-ci : que la compensation se place dans l'*intentio*, d'où il suit qu'elle entraîne déchéance pour plus-pétition, si la demande dépasse d'un seul sou le reliquat ; tandis que la déduction se place dans la *condemnatio*, d'où il suit qu'elle ne fait courir aucun péril de déchéance (1). Bien que ceci ne soit dit que de la compensation de l'*argentarius*, et que la *deductio* de l'*emptor bonorum* y soit la seule donnée en

(1) GAI. 4. § 68 : « Propterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit. »

exemple, je suis persuadé, et je montrerai bientôt comment et pourquoi, que l'une et l'autre, tant la *compensatio* que la *deductio*, étaient des modifications de la formule susceptibles d'être employées utilement par qui que ce soit, dans le but d'arriver au balancement des dettes réciproques entre le demandeur et le défendeur; qu'il y avait toujours alors entre elles cette différence essentielle, que le compte de l'une se plaçait dans l'*intentio* (*compensationis quidem ratio in intentione ponitur*), tandis que la restriction de l'autre s'appliquait à la *condemnatio* (*deductio vero ad condemnationem ponitur*). Mais lorsque sur le refus du demandeur, en l'absence de ce procédé ou de tout autre équivalent, la formule avait été accommodée et délivrée aux parties, munie de l'exception de dol, on peut tenir pour certain, nous n'hésitons en rien à le dire, que cette exception, une fois justifiée, produisait, ici comme partout ailleurs, son effet constant, nominalement attaché à ses propres termes : l'absolution du défendeur, d'où la déchéance, pour le demandeur, de tout exercice ultérieur de son action. Ce résultat est attesté formellement par ce fragment, aujourd'hui bien connu, des Sentences de Paul, contemporain de Marc-Aurèle, appelé à écrire avec autorité sur les effets du rescrit de ce prince : « Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur : velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. *Si totum petas, plus petendo causa cadis.* » Il faut, pour repousser l'autorité de ce texte, le supposer altéré dans la plupart de ses termes, par les compilateurs du Bréviaire d'Alaric, supposition qui ne nous paraît appuyée sur aucune justification suffisante (1). Mais indépendamment même de ce fragment, qui peut être considéré comme décisif, nous prétendons faire sortir de tout l'ensemble du droit romain, en des situations analogues, la démonstration de notre proposition.

---

(1) PAUL. *Sent.* 2. 5. *De pignorib.* § 3. — L'objection contre l'autorité de ce fragment, c'est qu'il était relatif probablement à l'*argentarius;* on croit en voir la preuve dans ces expressions finales : « Si totum petas, plus petendo causa cadis », qui sont celles appliquées à l'*argentarius* (ci-dess., n° 2176); tandis qu'à l'égard de tout autre, il s'agirait d'une déchéance non pour *plus-petitio*, mais par suite de l'exception de dol. Ces termes, il est vrai, ne sont pas irréprochables; cependant il faut bien reconnaître que cette exception de dol n'est fondée, après tout, que sur une *plus-petitio*, par refus de compensation, et qu'au fond il n'en était pas autrement à l'égard de l'*argentarius*, puisque pas plus pour lui que pour d'autres la compensation n'était un mode d'extinction des dettes (ci-dess., n° 2176). Il existe, au contraire, dans ce fragment, indépendamment de sa tournure générale, dans laquelle le jurisconsulte se met lui-même en scène avec son lecteur, qui ne sont sans doute ni l'un ni l'autre des *argentarii*, il existe des expressions qui repoussent juridiquement l'idée de l'*argentarius;* ce sont celles-ci : « *Compensare vel deducere debes;* » car parfaitement exacte à l'égard de tout autre, cette alternative ne saurait l'être à l'égard de l'*argentarius*, lequel est obligé rigoureusement à la compensation, et non à la déduction.

**2184.** L'objection majeure qui a fait faire généralement mauvais accueil à l'idée d'un pareil résultat malgré sa complète harmonie avec le système romain, c'est l'iniquité étrange qu'on a cru y voir. Comment une institution introduite par esprit d'équité tournerait-elle ainsi en une conclusion qui y semble aussi contraire? — Je vais faire voir d'abord, par de nombreux exemples, la même exception de dol, toujours introduite sans doute par le préteur dans un esprit de bonne foi et d'équité, fonctionnant avec cette même conséquence formellement exprimée par les textes, savoir, l'absolution du défendeur et la déchéance du demandeur, en des circonstances semblables à la nôtre et avec de non moindres apparences de rigueur extrême. — Je montrerai ensuite comment il ne faut pas s'arrêter à ces apparences; comment les choses se passaient, dans la pratique de la procédure formulaire, d'une manière moins cassante qu'on ne suppose; et comment cette conclusion de l'exception de dol, devant laquelle on recule, n'était, en définitive, qu'une sévère animadversion contre la mauvaise foi du demandeur, après que celui-ci s'était refusé devant le magistrat, pendant tout le cours de la procédure *in jure* jusqu'à la *litis contestatio*, aux nombreux expédients offerts par la rédaction des formules pour soumettre équitablement la question au juge. — De là sortira la véritable interprétation du paragraphe des Instituts de Justinien relatif au rescrit de Marc-Aurèle (ci-dess., § 30, p. 640), et celle de plusieurs textes dont il est difficile de se rendre un compte satisfaisant en dehors de notre interprétation.

2185. Les premiers exemples que je donnerai sont ceux que nous fournissent tant de textes relatifs à la *rei vindicatio*. Il s'agit de certains remboursements ou de certains payements que celui qui vendique une chose doit équitablement faire au possesseur de bonne foi à qui il demande la restitution : par exemple, pour frais de labours ou de semences, de réparations à un édifice, d'aliments ou d'entretien; pour sommes payées noxalement à l'occasion des délits d'un esclave; ou bien pour prix de l'écriture, pour prix de la toile, ou à l'inverse pour prix de la peinture, dans les cas déjà par nous exposés (tom. II, Inst. 2. 1. §§ 30, 32 à 34, n°s 396 et 399). L'exception de dol est le moyen offert au possesseur pour faire valoir ses droits à ce sujet. Mais quel sera l'effet de cette exception? — Voici là-dessus quelque chose de bien remarquable, dont l'observation n'a pas été faite, que je sache : c'est qu'un certain nombre de textes présentent ici absolument les mêmes locutions que celles du § 30 des Instituts de Justinien, relatives à la compensation dans les actions de droit strict en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, et dont nous cherchons l'interprétation : « *Per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare;* » — « *Per doli mali exceptionem ratio eorum* (sumptuum) *haberi debet;* » — « *Exceptione doli opposita, per officium judicis, æquitatis ratione, servantur;* » —

« *Doli mali exceptione posita, rem servari posse;* » — « *Per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus, juris auctoritate significatum est* (1). » Certes, il semble bien que ces expressions donnent gain de cause à l'opinion que nous combattons : et cependant, quoi de plus connu, quoi de plus fréquemment exprimé par les textes, que ceci : Dans tous les mêmes cas que nous venons d'énumérer, le résultat final de cette exception de dol une fois vérifiée est de faire repousser et déchoir pour toujours de son action le demandeur qui se refuserait au remboursement ou au payement préalable qu'il est tenu de faire? « *Poterit nos per exceptionem doli mali repellere;* » — « *Per exceptionem doli mali submoveri potero.* » — « *Poteris per exceptionem doli mali submoveri;* » — « *Poteris me per exceptionem doli mali repellere;* » — « *Poterit per exceptionem doli mali repelli;* » — « *Exceptione doli mali repellendus est;* » — « *Posse eum per exceptionem doli mali repelli;* » — « *Poterit per exceptionem doli mali submoveri,* ou *repelli;* » — « *Exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam recuperaverit* (2). » Ceci est dit sur tous les tons, par des jurisconsultes divers, avant le rescrit de Marc-Aurèle, depuis le rescrit, jusque dans le Digeste et dans les Instituts de Justinien, souvent par celui-là même qui s'est servi des expressions précédentes, et dans une même hypothèse (3).

Autre exemple, à propos de quelqu'un à qui une chose indivisible a été léguée, par exemple une servitude de voie, et qui la réclame de l'héritier sans offrir l'estimation de la quarte Falcidie : Gaius nous dit que l'héritier usera contre lui de l'exception de dol, *utatur adversus eum exceptione doli mali,* et voici Paul, d'après Marcellus, qui nous en montre les conséquences : « *Summoveri eum doli exceptione* (4). »

Enfin les deux locutions se présentent ensemble, dans une

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 23. § 4. et 27. § 5. f. Paul.; 48. f. Papin. — 44. 4. *De doli mali except.* 10. f. Marcian. — Cod. 3. 32. *De rei vindicat.* 11. const. Dioclet. — (2) Gai. 2. §§ 76. 77 et 78. — Dig. 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 7. § 12. f. Gai. — 44. 4. *De doli mali except.* 4. § 9. f. Ulp. — Instit. de Justin. 2. 1. §§ 30 et 34 (tom. II, nos 396 et 399). — Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 58. f. Paul.; 65. f. Papin. — Je ne parle pas de ces autres expressions moins précises : « *Defendi potest per exceptionem doli mali:* » — « *Potero me defendere per exceptionem doli mali;* » — « *Alioquin nocebit ei doli mali exceptio;* » — « *Exceptionis auxilio tutus esse potest;* » — « *An nihil mihi exceptio prosit;* » — *Exceptio prodest;* » — « *An proficiat nobis doli exceptio;* » dont le sens est d'ailleurs parfaitement expliqué, parce qu'elles se réfèrent aux précédentes expressions, et qu'elles sont employées dans les mêmes cas, souvent aux mêmes paragraphes et par les mêmes auteurs. — (3) Par exemple, Papin. Dig. 6. 1. *De rei vindic.* fragments 48 et 65, qui s'expliquent ainsi l'un par l'autre. — (4) Dig. 35. 2. *Ad leg. Falcid.* 80. § 1. *in fine,* f. Gai. — 44. 4. *De doli mali except.* 5. § 1. f. Paul. : « Si cui legata sit via, et is, lege Falcidia locum habente, totam eam vindicet, non oblata æstimatione quartæ partis : summoveri eum doli exceptione, Marcellus ait. »

même affaire, comme alternative, en ce fragment d'Ulpien, où il s'agit de sommes payées par le possesseur de bonne foi pour éviter l'abandon noxal d'un esclave, sommes dont le maître qui vendique l'esclave doit le remboursement : « *Doli exceptione summovebitur; vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat* (1). »

2186. Ce qui se passe dans la pétition d'hérédité nous donne encore le même enseignement. Il paraît y avoir eu dans la jurisprudence romaine une certaine hésitation sur la question de savoir si l'exception de dol était ici nécessaire pour faire tenir compte au possesseur de bonne foi, obligé de restituer l'hérédité, des dépenses qu'il y avait faites; ou bien si ce compte à faire tenir était compris dans l'office même du juge? Cette dernière opinion avait prévalu : « Id ipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur. » Or, en quels termes Scævola pose-t-il la question? « *An doli mali exceptione summoveri possit* (2)? »

2187. Ainsi le résultat final de l'exception de dol, quelque minime que soit le remboursement que le demandeur se refuse à faire, s'il y a dans ses refus une persistance que le juge soit autorisé à qualifier de dol, est constant : *exceptione summovebitur*. — Toutefois nous ferons, au sujet de toute cette série de si nombreux exemples, plusieurs observations : 1° C'est que dans tous il s'agit non pas d'une action de droit strict, mais de *rei vindicatio*, c'est-à-dire d'actions arbitraires; — 2° Non pas d'une compensation proprement dite, mais de ce qui se nomme droit de rétention (*per retentionem servari*) (3); — 3° Que dans les actions arbitraires le juge est investi d'un pouvoir très-étendu, marqué par les termes les plus larges des formules, *ex æquo et bono*, pour apprécier la restitution ou la satisfaction à faire au demandeur (ci-dess., § 31, *in fine*, n°° 1993 et 2143) : pourquoi donc le besoin de l'exception? C'est qu'à l'égard des remboursements ou payements dont nous venons de parler, ce n'est pas le défendeur, c'est le demandeur qu'il s'agit d'atteindre : or le juge l'atteindra au moyen de l'exception de dol qui sert de défense au défendeur; — 4° Enfin, que l'appréciation des remboursements ou payements dont il s'agit se rattache comme dépendance à toute cette affaire de *rei vindicatio*; qu'en conséquence, les expressions de l'exception de dol « SI NIHIL IN EA RE » s'y réfèrent par elles-mêmes, de telle sorte qu'on peut dire, sinon rigoureusement, du moins

(1) DIG. 9. 4. *De noxal. act.* 11. f. Ulp. : « Cum autem cœperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur; vel officio judicis consequetur (*possessor*) ut indemnis maneat. » — Conférez avec DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 58. f. Paul. — (2) DIG. 5. 3. *De heredit. petitione.* 38. f. Paul.; 39. § 1. f. Gai; 44. f. Javolen.; 58. f. Scævol. — On voit, par ces divers textes, qu'à tout événement, par surcroît de précaution, l'exception pouvait être employée (*etsi non exciperetur*). — (3) COD. GRÉGOR. 3. 2. *De rei vindic.* 1. const. Gordian. et 2. const. Philip.

jusqu'à un certain point, que tous les faits à apprécier ainsi par le juge proviennent *ex eadem causa*. C'est cette idée qui avait prévalu surtout dans l'*hereditatis petitio*, où il s'agit de la vendication de tout un patrimoine, et c'est pour cela que la jurisprudence avait admis que l'exception de dol n'y était pas nécessaire : ce qui commençait pour l'*hereditatis petitio* une assimilation aux actions de bonne foi (1), que Justinien a complétée par la suite.

2188. Passons à d'autres exemples tirés d'actions *in personam* de droit strict, qui se rapprochent par conséquent beaucoup plus de la véritable compensation.

Le premier que nous citerons sera celui du pupille, du fou, et en général de toute personne incapable de recevoir, qui, ayant reçu un payement sans l'observation des formalités propres à en assurer la validité, redemande de nouveau sa créance sans vouloir en déduire ce dont il a profité du premier payement : l'exception de dol peut lui être opposée. Nous trouvons bien ici ces locutions générales : « *Exceptione petentibus nocere; Exceptio locum habebit; Exceptione doli defenditur;* » mais Gaius, Paul, jusqu'aux Instituts de Justinien (ci-dess., tom. II, p. 403 : liv. 2, tit. 8, § 2) nous en donnent expressément le sens : « *Per exceptionem doli mali submoveri potest;* » — « *Per exceptionem doli mali poterit summoveri;* » — « *Doli exceptione summoveri debeat.* » Ce dont a profité le pupille ou le fou peut être minime, incertain, contestable, chiffre à vérifier; les textes prévoient ce profit partiel (*in id quod in rem furiosi processit; an pecuniam vel ex ea aliquid habeat*) : peu importe; si la persistance du demandeur à refuser d'en tenir compte prend le caractère du dol, *exceptione summovebitur;* le défendeur est absous, et le demandeur perd son action pour le tout (2).

Le second exemple est bien plus frappant encore, et par les termes dont s'est servi le jurisconsulte, et parce que nous touchons ici de plus près encore à la compensation. Il s'agit de quelqu'un qui, ayant acheté pour esclave, avec garantie de l'éviction par *stipulatio duplæ,* un homme qu'il ignorait être *statu liber,* a reçu depuis de cet homme dix sous d'or, condition de sa liberté, et s'en est ainsi trouvé évincé. S'il agit en garantie de l'éviction contre son vendeur, en vertu de la *stipulatio duplæ,* action de droit strict, il faut qu'il déduise les dix sous d'or qu'il a reçus, sinon il sera repoussé par l'exception de dol : « Sed nisi decem, quæ implendæ conditionis acceperit, deduxerit : *exceptione summovendus erit,* et hæc ita Julianus quoque scripsit (3). » Telle est

(1) L'action était de droit strict en ce sens qu'elle admettait la plus pétition et l'obligation pour le défendeur de fournir la caution *judicatum solvi*. — (2) Gai. 2. § 84. — Instit. de Justin. 2. 8. § 2. — Dig. 44. 1. *De except.* 4. f. Paul. — 44. 4. *De doli mali except.* 4. § 4. f. Ulp.; et 16. f. Hermog. — (3) Dig. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 7. f. Ulp.

la décision donnée et par Julien, antérieur au rescrit de Marc-Aurèle, et par Ulpien, qui y est postérieur.

Dans ces deux exemples on pourra remarquer encore que, bien qu'il s'agisse d'actions de droit strict, les déductions à opérer se rattachent toujours comme dépendance à l'affaire même; les termes de l'exception de dol « SI NIHIL IN EA RE » les embrassent directement; et l'on peut dire ici, comme précédemment, jusqu'à un certain point, que les faits à apprécier par le juge proviennent *ex eadem causa*.

2189. Le résultat de l'exception de dol, qu'on pouvait affirmer *a priori*, d'après les seules conséquences irrésistibles des termes de la formule, est donc attesté expressément par une infinité de textes : quelque dur que puisse nous sembler ce résultat, on ne saurait le nier; mais il est temps de montrer comment les choses se passaient. — Les débats qui avaient lieu *in jure*, pour arriver à la construction de la formule, jusqu'à la *litis contestatio* qui en était la clôture, et même quelquefois le parti que l'un ou l'autre des plaideurs était encore admis à prendre ultérieurement devant le juge (*in judicio*), suffisaient amplement, comme on va le voir, pour conduire à des résultats équitables les plaideurs qui y mettaient de la bonne foi.

A la demande de l'action sollicitée par son adversaire, le défendeur oppose la créance qu'il prétend avoir de son côté, et sollicite pour le cas où son adversaire se refuserait à ce que compensation en fût faite, l'exception de dol. Ces expressions *vult compensare*, *si velit compensare*, *si paratus est compensare*, *implorare compensationem*, qui se rencontrent maintes fois dans les textes, montrent qu'il n'y avait rien en cela d'obligatoire pour le défendeur. Mais il faut bien se fixer sur ce qu'il demande : *implorare compensationem*, c'est demander, soit que l'adversaire reconnaisse *in jure* le bien fondé de la compensation et réduise en conséquence sa demande; soit que du moins la compensation soit introduite dans la formule (*compensatio inducebatur*), c'est-à-dire qu'il soit fait à la formule une modification ou adjonction qui donne au juge le pouvoir d'en connaître et de l'opérer s'il y a lieu. C'est à défaut de l'un ou de l'autre de ces deux partis que l'exception de dol est sollicitée contre le demandeur qui s'y serait refusé. Il est probable qu'avant le rescrit de Marc-Aurèle on s'en tenait là-dessus, quand il s'agissait d'actions de droit strict, à un arrangement volontaire de la formule entre les deux parties, sans moyen de coercition contre le demandeur : tandis que dans les actions arbitraires et dans quelques cas d'actions de droit strict, semblables à ceux dont nous avons parlé au n° précédent, l'exception de dol était, à coup sûr, déjà employée. Le motif majeur de différence entre les deux cas, c'est que dans ces dernières actions il n'était question que des dépendances de l'affaire même objet de la demande : tandis que dans les actions de

droit strict ordinaires, il s'agissait de faire intervenir un compte d'affaires toutes distinctes (*ex dispari causa*). C'était un commencement de demandes reconventionnelles pour des causes séparées.

2190. Sur cette objection de compensation le demandeur a plusieurs partis à prendre. — S'il en reconnaît le bien fondé, il peut opérer lui-même, d'accord avec son adversaire, la compensation, et réduire en conséquence sa demande. — Même lorsqu'il doute de la dette, lorsqu'il la conteste ou qu'il la dénie formellement; ou bien, dans les actions arbitraires, dans celles de droit strict indiquées au n° 2188, lorsque le montant en est à débattre : par exemple, à quoi faut-il évaluer ces frais de semences, ces réparations, ce qui a tourné au profit du pupille? Dans tous ces cas la rédaction formulaire lui offre plus d'un expédient pour consentir du moins, sans compromettre ses droits, à ce que la question en soit soumise au juge. Voici plusieurs de ces moyens qui nous sont connus : — Une *præscriptio*, par laquelle il bornerait sa demande à ce qui ne serait pas compensé (ci-dess., n° 1940) ; — Une *compensatio* proprement dite, insérée dans son *intentio* : « AMPLIUS QUAM IPSE NUMERIO NEGIDIO DEBET » (ci-dess., n° 2176). Nous trouvons au Code de Justinien une constitution d'Alexandre Sévère qui montre que cette formule était employée en cas pareil ; car, à coup sûr, il serait difficile de prétendre qu'il s'agissait d'*argentarius* en cette constitution (1). Il n'est pas nécessaire ici que le demandeur formule en un chiffre fixe son *intentio*, il peut rendre cette *intentio incerta*, si elle ne l'était déjà : « QUIDQUID PARET AMPLIUS, etc. ; » — Une *deductio*, permettant de réduire le montant de la *condemnatio* : « QUOD SUPEREST DEDUCTO EO QUOD, etc. » (ci-dess., n°s 2177, 2178 et 2183). Nous savons déjà que plus d'un fragment témoigne de cet emploi de la *deductio* (ci-dessus, n° 2178, avec la note 1, et celui que nous avons rapporté dans le second exemple du n° 2188) ; — Enfin, et ce serait ici la modification la plus large à faire à la formule, le demandeur peut consentir, bien qu'il agisse en vertu d'une cause de droit strict, à transformer son *intentio* en *intentio* de bonne foi : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA, AMPLIUS QUAM..., etc. » Nous avons cité déjà l'exemple d'une pareille transformation dans une formule de condiction *ex stipulatu*, par suite de la *clausula doli* insérée dans la stipulation (ci-dess., n° 2149). — Sur son refus persévérant jusqu'à la *litis contestatio* d'admettre aucune de ces modifications ou adjonctions à la formule, le préteur accorde au défendeur l'exception *doli mali*, et le demandeur en court les risques. On voit bien, dans les textes, qu'il y faut, de sa part, cette persistance jusqu'à la *litis contestatio*. On sait

(1) COD. 4. 31. *De compensationibus*, 5. const. Alex. : « Petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur. »

d'ailleurs quelles facilités étaient données aux plaideurs de vérification, de discussion, même d'ajournement à une autre comparution *in jure*, pour arriver finalement à l'arrangement de la formule (ci-dess., n° 1950). Un texte même parle de notification faite au demandeur par le défendeur, pour les sommes dont il aura à tenir compte s'il veut éviter l'exception de dol (1). — Il est permis de supposer que le magistrat pouvait aller encore plus loin, et que dans certaines circonstances, lorsque les faits étaient avoués ou lui paraissaient évidents, il pouvait enjoindre au demandeur soit d'opérer la compensation, soit d'en insérer les restrictions dans la conception de sa formule, sous peine de refus d'action (2).

2191. Devant le juge, la formule étant munie de l'exception de dol, si cette exception est vérifiée, c'est-à-dire s'il est prouvé au juge que la prétention de compensation avancée par le défendeur était fondée, et que le refus du demandeur d'en tenir compte a eu le caractère de dol, le défendeur est absous : c'est la formule elle-même qui le veut. — Cependant, dans les actions arbitraires, où il s'agit pour le défendeur d'un droit de rétention à exercer, et par conséquent pour le demandeur d'un remboursement ou d'un payement préalable à faire, celui-ci, après que le juge a vérifié les faits et déterminé le montant de ce payement ou remboursement, est encore admis à le faire, il est dès lors exempt de dol; s'il ne le fait pas, l'exception de dol produit son effet; le défendeur est absous. Voilà l'explication bien simple des divers textes cités au n° 2185, de l'apparence de contradiction qu'ils semblent offrir, et surtout de ceux qui présentent en alternative les deux résultats : « Doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat. » — On peut aller jusqu'à supposer que même dans les actions de droit strict et dans les véritables questions de compensation, si le demandeur, une fois les faits vérifiés par le juge et avant la sentence, consentait à donner satisfaction au défendeur sur la créance par lui invoquée, par exemple au moyen d'un payement, d'une acceptilation, ou de toute autre manière, le dol cessait et il évitait la déchéance. Bien qu'à la rigueur ce fût au moment de la *litis contestatio* que le juge

---

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindicatione*. 27. § 5. f. Paul. : « Per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. » — Dig. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 3. f. Ulp. : « Tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere; » il ne s'agit pas, dans ce fragment, d'exception de dol pour cause de compensation, mais le principe est le même. — 35. 2. *Ad legem Falcid*. 80. § 1. *in fine*. f. Gai. : « Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut, æstimatione facta legati, denunciet legatario ut partem æstimationis inferat : si non inferat utatur adversus eum exceptione doli mali. »

(2) Cette conjecture trouve un appui dans la constitution que voici d'Alexandre Sévère : « In ea quæ reipublicæ te debere fateris, compensari ea quæ (invicem) ab eadem tibi debeatur, is, cujus de ea re notio est, jubebit.

dût se reporter (1), l'école des Sabiniens, au moins, aurait admis à l'égard du demandeur ce qu'elle admettait pour le défendeur lorsqu'elle disait : « *Omnia judicia esse absolutoria.* »

2192. En somme, soit *in jure*, soit *in judicio*, l'exception de dol est l'arme, le moyen de coercition par lequel le demandeur est amené, crainte de ses conséquences, à tenir compte d'une manière ou d'autre de la compensation; et nous traduisons la phrase relative au rescrit de Marc-Aurèle, dans le § 30 ci-dessus, en ces termes : « Sur l'opposition de l'exception de dol, faite par le défendeur, la compensation était introduite dans la formule (2). »

2193. Un point essentiel pour compléter le système manque ici encore. Il ne faut pas s'imaginer que par cela seul qu'une exception de dol est insérée dans la formule d'une action de droit strict : SI NIHIL IN EA RE, etc., le juge soit constitué juge, sans aucune autre mention, de toutes affaires de créances ou de dettes réciproques, existant à d'autres titres entre les mêmes parties. Cette opinion serait aussi contraire aux principes de l'organisation du pouvoir judiciaire chez les Romains au temps des formules, que celle que nous venons de combattre l'est aux règles dérivant de la rédaction de ces formules. Quelle est cette EA RES, dans laquelle la mission du juge est enfermée? Nous avons montré comment dans les actions arbitraires et dans celles de droit strict indiquées au n° 2188, il ne s'agit que de dépendance de la demande même (ci-dessus, n°s 2187 et 2188); mais ici les causes sont toutes distinctes; il s'agit d'une sorte de demandes reconventionnelles formées par le défendeur sur des motifs tout à fait divergents peut-être. Il faut de toute nécessité qu'elles soient indiquées dans la *demonstratio*, et que le QUA DE RE AGITUR qui termine cette *demonstratio* les englobe. Nous n'avons pas un formulaire complet de cette multitude de rédactions qui pouvaient se faire, appropriées à toutes les affaires et à toutes leurs nuances; Gaius ne nous en offre qu'un aperçu élémentaire : « Toutes les formules d'actions de droit écrit sont écrites, dit Cicéron, mais pas si étroitement que je ne puisse y faire entrer l'affaire que je voudrai en ajoutant : QUA DE RE AGITUR (3). » Ainsi en était-il de la créance opposée en compensation; voici un texte tiré d'une opinion de Labéon, qui prouve qu'elle devait avoir sa destination arrêtée dans la formule, et ne pouvait plus, dès lors, faire double emploi ailleurs (4).

2194. On a cru pouvoir expliquer le pouvoir de compensation que l'exception de dol attribuerait au juge dans l'opinion que nous

(1) DIG. 44. 1. *De except.* 4. f. Paul. — (2) La paraphrase de Théophile, sur ce § 30, doit être interprétée elle-même en ce sens : à cette époque, d'ailleurs, c'est de l'histoire. — (3) CICÉR. *Pro Murena.* § 13 : « Etenim quæ de scripto aguntur scripta sunt omnia; neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quod ego non possim, QUA DE RE AGITUR, addere. » — (4) DIG. 16. 2. *De compensationibus.* 13. f. Ulp. : « Quod Labeo ait non est sine ratione : ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in cæteris non objiciatur. »

refusons d'admettre, par un passage de Papinien, qui, à propos d'une *rei vindicatio* contre laquelle une exception de dol provenant d'un pacte pouvait être opposée, ajoute « *Bonæ fidei autem judicio constituto* (1), » d'où l'on conclut que l'exception de dol insérée dans une action de droit strict la transformait en quelque sorte en action de bonne foi. Voilà qui dénaturerait le caractère de toutes les exceptions de dol, à ne plus rien y entendre; on serait bien embarrassé de mener cette proposition dans ses conséquences; il faudrait détruire tout ce que nous possédons de droit romain là-dessus : car, enfin, l'alternative de l'exception de dol est bien connue : « SI NIHIL IN EA RE DOLO MALO..., etc., CONDEMNA...; SI NON, ABSOLVE. » — Il est inutile de faire observer que Papinien ne dit rien de cela. Il parle d'une action arbitraire, dans laquelle le juge a déjà le pouvoir d'apprécier *ex æquo et bono* les restitutions ou satisfactions à faire; et l'on y substitue des actions de droit strict ! Il ne dit pas même que ce soit l'exception qui produise l'effet *bonæ fidei* dont il parle, et rien n'empêcherait de supposer que les mots EX FIDE BONA ont été insérés d'un commun accord dans la formule (ci-dessus, n° 2190). C'est ce que je suis porté à croire quant à moi; mais dans tous les cas, cette supposition n'est pas même nécessaire : les explications que nous avons données (ci-dessus, n°s 2187, 2190 et 2191) suffisent amplement pour éclaircir le passage de Papinien. L'exception de dol ayant été opposée devant le magistrat, les héritiers se rendent à cette exception et renoncent à persister dans leur *rei vindicatio*; mais comme la femme est convenue qu'à sa mort les biens repasseraient aux enfants du donataire, la discussion porte sur les effets de cette obligation et sur la manière d'y pourvoir, et c'est là-dessus qu'est construit un *judicium bonæ fidei*. M. Pilette fait même observer (p. 24 de la dissertation ci-dessus citée), qu'il avait pu intervenir entre la femme et le donataire, relativement à ces réserves accessoires, un contrat *de fiducie*, lequel était encore usité à l'époque de Papinien et donnait lieu à l'action *de fiducie* qui était de bonne foi; et que c'est probablement de cette action *de fiducie* que parle Papinien, lorsqu'il dit : *Bonæ fidei autem judicio constituto*. Le texte ne précise rien à ce sujet; cette conjecture n'est pas indispensable, mais les choses auraient pu se présenter de cette façon; dans tous les cas, ce qui est indubitable, c'est que pour faire tenir compte des engagements réciproques au sujet de ces réserves, les parties se font accommoder une formule d'action de bonne foi; mais ce n'est pas l'exception de dol qui produit par elle-même cet effet.

Nous en disons autant et nous renvoyons aux mêmes numéros,

---

(1) DIG. 39. 6. *De mortis causa donat.* 42. pr. f. Papin. : « Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio; bonæ fidei autem judicio constituto, quærebatur..., » etc.

pour l'intelligence d'un texte de Celse, toujours relatif à l'action arbitraire en *rei vindicatio*, qui a été présenté aussi comme décisif contre notre manière de voir (1).

Enfin il n'y a rien à conclure non plus contre notre thèse de ce fragment de Paul, considéré également par quelques-uns comme y faisant une objection sans réplique : « Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset (2). » D'abord il n'est pas question, dans ce texte, de compensation, mais bien d'une situation semblable à celles dont nous avons donné des exemples ci-dessus, n° 2188 ; la conséquence ne saurait donc y être différente : or, cette conséquence est parfaitement connue. Il s'agit dans ce texte d'un mari auquel un tiers, se croyant, par erreur, débiteur de la femme, avait promis en dot, sur l'ordre de celle-ci, avant le mariage, la somme qu'il croyait devoir. Si le mari attaque ce promettant durant le mariage, il devra en être payé, sans qu'il puisse lui être opposé d'exception de dol, car il ne fait qu'user de son droit, et ne doit pas être déçu dans la promesse de dot qui lui a été faite, sauf au tiers à se retourner contre la femme. Mais si le mari attaque ce promettant après la dissolution du mariage, il en sera tout autrement : si le mari est dans un cas où il serait obligé de rendre toute la dot, l'exception de dol lui nuira pour le tout ; s'il est dans un cas où il serait autorisé à en retenir une partie, l'exception de dol ne lui nuira que pour la part qu'il serait obligé de rendre (*in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset*). C'est-à-dire qu'en se bornant à demander ce qu'il est autorisé à retenir de la dot, le mari n'a rien à craindre de l'exception de dol. Le jurisconsulte se sert ici d'une locution usuelle, dont nous avons donné des exemples multiples ci-dessus, n°s 2185 et suivants. Il n'y a pas dans cette manière de parler d'autre signification que celle qui se rencontre dans tous ces exemples, ou bien encore lorsque les jurisconsultes romains définissent les exceptions temporelles et dilatoires « *quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt* » : on sait fort bien cependant que l'effet de ces exceptions, lorsqu'elles sont opposées et justifiées, est d'emporter pour toujours déchéance de l'action (ci-dessous, n°s 2276 et suivants).

2195. C'est une opinion courante que, d'après le rescrit de Marc-Aurèle, la compensation, qui pouvait être obtenue dans les

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 38. f. Cels. C'est là qu'on peut voir toute la latitude de disposition que Celse accorde au juge de l'action arbitraire. Lorsque ce juge, au lieu de faire restituer la chose vendiquée, la laisse au possesseur parce qu'elle est à vendre, sauf à ce possesseur à payer la somme à laquelle il le condamne, le compte à faire des diverses déductions est forcé. Du reste, le nom de l'exception de dol ne se rencontre pas même dans ce fragment ; tout me porte à croire que la formule a été conçue d'un commun accord *ex fide bona* ; mais cette supposition n'est pas même nécessaire. — (2) D. 12. 4. *De condict. c. ms. dat.* 9. § 1. f. Paul.

actions de droit strict au moyen de l'exception de dol, pour des créances provenant de causes différentes (*ex dispari causa*), a dû s'obtenir *a fortiori* dans les actions de bonne foi, également *ex dispari causa*, en vertu du principe que l'exception de dol va de soi en ces sortes d'actions et n'a pas besoin d'y être exprimée. — A cet égard, entendons-nous : sans doute, si une créance a été invoquée en compensation, *ex dispari causa*, par le défendeur, et qu'il en soit fait mention dans la *demonstratio*, de telle sorte que le QUA DE RE AGITUR la comprenne, il n'est besoin ni d'exception de dol, ni d'aucune autre modification à la formule, la rédaction de l'*intentio*, QUIDQUID PARET EX FIDE BONA, y suffit. Mais vouloir pousser la compétence du juge en dehors de ce QUA DE RE AGITUR, autant dire que tout juge d'une action de bonne foi déterminée serait par cela même juge de toutes les affaires quelconques de créances ou de dettes réciproques, soit de droit strict, soit d'une autre nature, existant à divers titres entre les mêmes parties : proposition inconciliable avec l'organisation de la puissance judiciaire chez les Romains, au temps du système formulaire.

2196. Il est avéré que la compensation, ni dans les affaires de bonne foi, ni dans celles de droit strict, n'était un mode de dissolution des obligations. Chacune d'elles continuait de subsister avec ses actions; et si on donnait, en outre, la *condictio indebiti* à celui qui avait payé par erreur une dette qu'il aurait pu compenser (1), c'était parce que la *condictio indebiti* se donnait à celui qui avait acquitté par erreur une obligation contre laquelle il aurait pu se défendre par une exception perpétuelle (2).

Il est également avéré que la compensation, si elle avait lieu *ipso jure*, c'est-à-dire sans le secours d'une exception, *ex officio judicis*, dans les actions de bonne foi, pour les dettes et les créances provenant *ex eadem causa*, n'était introduite dans les actions de droit strict qu'au moyen d'une modification de la formule. S'il est des textes, dans le corps de droit de Justinien, qui semblent dire le contraire, c'est qu'ils ont été interpolés pour être accommodés à la législation de l'époque, ou que le sens en est altéré.

Enfin, il résulte de certains textes que, du moment que la compensation était admise, elle l'était avec effet rétroactif, c'est-à-dire qu'on en reportait les effets à l'instant même où les deux créances réciproques avaient commencé à exister ensemble : « *Ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur.* » Ceci est dit spécialement à l'occasion des intérêts, lesquels ne doivent plus se compter à partir de ce moment. Mais on remarquera que les textes ne parlent jamais que de sommes d'argent ou de quantités (3). Nous croyons, en effet, que la règle n'était appli-

(1) D. 16. 2. *De compensat.* 10. § 1. f. Ulp.— (2) D. 12. 6. *De condict. indeb.* 26. § 3. f. Ulp. — (3) Dig. 16. 2. *De compensat.* 11. f. Ulp., rapportant une constitution de Septime Sévère. — C. 4. 31. *De compens.* 4 et 5. const. Alex. — C. 8. 43. *De solution.* 7. const. Philip.

cable qu'aux cas de compensation obligatoire, à exiger par exception de dol, dans les conditions que nous allons expliquer dans le n° suivant.

2197. C'est une question sur laquelle on peut hésiter que celle de savoir si, pour la compensation à introduire dans les actions de droit strict au moyen d'une modification de la formule, il fallait que les créances à compenser fussent, comme à l'égard de l'*argentarius* (ci-dess., n° 2176), de choses de même nature et pouvant se remplacer l'une par l'autre (*ex pari specie*). — Je reconnais que la procédure du système formulaire se prête singulièrement à ce que cette identité ne soit pas exigée, puisque l'appréciation des choses les plus diverses y doit toujours être ramenée par le juge à des sommes d'argent; qu'il y a des textes qui paraissent admettre expressément l'objection de compensation au sujet de créances d'objets différents (1); qu'aucune conclusion décisive ne peut être tirée de ceux qui sont invoqués ordinairement en sens contraire (2); enfin, que cette solution, qui n'est pas en désharmonie avec l'ensemble de la procédure formulaire, peut servir à expliquer parfaitement comment il était exprimé, dans la jurisprudence, en règle exceptionnelle, que la compensation n'avait pas lieu en fait de dépôt (3). — Cependant, indépendamment des raisons à tirer de la règle qui termine notre n° précédent, et des textes qui y sont cités, le fragment déjà rapporté ci-dessus, au n° 2183, des Sentences de Paul, énonce expressément le contraire : « Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur : velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu... », et nous nous sommes expliqué déjà sur l'autorité de ce fragment, qui est pour nous décisive. — Notez que le système général que nous venons d'exposer sur la compensation est indépendant d'ailleurs de la solution de cette question de détail. Notez aussi qu'il ne s'agit pas de la compensation volontaire, introduite dans la formule du consentement du demandeur: celle-ci indubitablement peut avoir lieu *ex dispari specie ;* il s'agit uniquement de la compensation obligatoire, imposée par Marc-Aurèle sous peine de déchéance par exception de dol : c'est de celle-là, c'est de cette déchéance que nous croyons, d'après le fragment de Paul, qu'elles n'ont lieu qu'en fait de choses de même nature et compensables l'une par l'autre (*ex pari specie*).

2198. Sous le système de la procédure extraordinaire, deux changements notables ont dû influer directement sur les règles

(1) Principalement Cod. 4. 31. *De compensat.* 8. const. Gordian. — (2) Dig. 13. 7. *De pignerat. act.* 18. pr. f. Paul. : « ... Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis : si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco. » — 20. 1. *De pignorib.* 13. § 2. f. Marcian. (même disposition). — (3) Paul. *Sentent.* 2. 12. *De deposito.* § 12 : « In causa depositi compensationi locus non est; sed res ipsa reddenda est. »

de la compensation que nous venons d'exposer. — D'une part, la compétence du juge qui devient générale, au lieu d'être renfermée dans une cause spécialement déterminée; — D'autre part, l'abolition de la formule, et dès lors l'exception de dol et les autres adjonctions ou modifications qui n'ont plus besoin d'être demandées *in jure*, mais qui se proposent directement au juge et font partie de son *officium*. — L'exception de dol reste bien, en principe, comme moyen de répression, avec son effet de déchéance, contre le demandeur qui serait convaincu de mauvaise foi; mais le juge, ayant les mêmes pouvoirs que si les diverses modifications de la formule avaient eu lieu, acquiert incontestablement à cette époque le droit d'opérer la compensation et de condamner au reliquat.

2199. Justinien donne législativement à cet état des choses sa dernière extension, par sa constitution 14, au Code *De compensationibus* : « Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia *in rem* vel *personalibus* actionibus inter se observanda. » — On remarquera que les actions *in rem* sont même comprises dans la compensation par l'empereur, ce qui ne peut s'entendre évidemment que du cas où elles tournent en condamnation pécuniaire, ou bien où quelque condamnation semblable y est jointe comme accessoire. — Malgré ces expressions *ipso jure*, la compensation ne devient pas une cause d'extinction réciproque des dettes. Ce que nous appelons aujourd'hui la compensation *légale* reste inconnu à la législation romaine. Cet *ipso jure* signifie seulement qu'en toutes les actions, soit réelles, soit de bonne foi, soit de droit strict, ou autres, la compensation, à cette époque, rentre toujours, de droit, dans l'office du juge.

2200. La constitution exige que la dette opposée en compensation soit liquide (*liquida*), en expliquant ce qu'il faut entendre par cette qualité, savoir que, soit quant à son existence, soit quant à sa quotité, le droit en soit incontesté, évident (*jure aperto*, porte le § 30 ci-dessus), ou du moins facile à vérifier sommairement par le juge, et ne tournant pas en expédients ou en subterfuges moratoires : « § 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. »

Aucune condition qu'il s'agisse de choses de même qualité, susceptibles de se compenser entre elles, n'y est exprimée, et n'apparaît non plus dans les autres parties de la législation de Justinien. On conçoit, en effet, que, depuis la généralisation de la procédure *extra ordinem*, la déchéance pour cause de dol dans le refus de compensation n'étant plus que nominale, puisque le juge a par lui-même le pouvoir de faire cette compensation, la condition *ex pari specie*, qui était une limitation mise à la rigueur de cette déchéance, ait cessé d'exister, et que l'on ait

appliqué les règles de la compensation volontairement insérée dans la formule *in jure* (ci-dess., n° 2197). — Il ne faut pas s'arrêter à cette objection, que le juge, dans la procédure extraordinaire, atteint par sa sentence la chose elle-même. Dans ce cas, évidemment la compensation ne pourra avoir lieu entre corps certains ou choses distinctes; mais souvent aussi la condamnation se résoudra en évaluations pécuniaires, et ce sera alors que le juge pourra faire la compensation. Ce qui rend la condition *ex pari specie* indispensable, ce qui en a vulgarisé l'idée dans notre droit moderne, c'est la compensation *légale :* or cette sorte de compensation est étrangère aux Romains. — L'*ex eadem causa,* par l'effet de la procédure extraordinaire, disparaît aussi des actions de bonne foi ainsi que des autres actions, puisque le juge a une compétence générale. C'est à tort que l'expression s'en trouve encore dans notre paragraphe, mais c'est à bon droit que le § 30 qui précède n'en fait plus aucune mention. — Enfin, l'extension donnée d'abord par Justin, puis par Justinien, à l'admissibilité des demandes reconventionnelles, et le pouvoir général que reçoit le juge de condamner même le demandeur, sont de nouvelles causes de grande influence sur la compensation (1).

Certaines spécialités en sont exclues exceptionnellement : telle est surtout l'action *depositi,* par respect pour la fidélité due au dépôt en ce contrat (2). De telle sorte que celui, par exemple, à qui une somme d'argent a été remise en dépôt ne pourra pas la compenser avec semblable somme dont il serait devenu créancier contre le déposant; ou bien encore, même dans le dépôt de toute autre chose, s'il y a quelque condamnation pécuniaire contre le déposant. Car ici, sous le système de procédure dans lequel la condamnation atteint la chose même, il faut bien en venir forcément à cette explication.

**XL.** Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur : inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

**40.** Si le débiteur qui a fait cession de ses biens fait ensuite quelque acquisition avantageuse, ses créanciers ne peuvent l'actionner pour ce qu'il doit encore que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire. Il serait inhumain, en effet, lui qui s'est dépouillé de sa fortune, de le condamner pour le tout.

Voir sur la cession des biens, ci-dessus, n° 2030.

## TITULUS VII.

### QUOD CUM EO CONTRACTUM EST QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

Quia tamen superius mentionem ha-

## TITRE VII.

### DES CONTRATS FAITS AVEC DES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

Comme nous avons fait mention plus

(1) Cod. 7. 45. *De sent.* 14. Justin.; et Novel. 96. c. 2. Justinian. — (2) Même paragraphe 30, ci-dessus, p. 640; et Cod. 4. 31. *De compensat.* 14. §§ 1 et 2.

buimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur, opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

haut de l'action relative au pécule des fils de famille ou des esclaves, il est nécessaire de fixer notre attention d'une manière plus spéciale sur cette action et sur d'autres actions que l'on a coutume de donner contre les pères ou les maîtres, du chef des fils et des esclaves. Or, comme les actes faits avec les esclaves ou les fils de famille donnent lieu à l'application des mêmes principes, pour éviter les longueurs, nous ne nous occuperons que des maîtres et des esclaves, et ce qui sera dit de ceux-ci sera censé dit des pères et des fils. Car, s'il y a quelque chose de particulier qui concerne ces derniers, nous l'exposerons séparément.

2201. D'après le droit civil, le chef de famille ne peut pas être obligé par les actes de ceux qu'il a en son pouvoir, tels que ses fils de famille et ses esclaves. Cependant, ni pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats, ni pour celles résultant des délits ou comme des délits, ce principe n'est resté absolu. Il y a été dérogé en certains points, soit par le droit prétorien, soit par le droit civil lui-même. Le titre actuel se réfère aux contrats ou quasi-contrats des esclaves ou des fils de famille, et le titre suivant à leurs délits ou quasi-délits.

2202. Pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats faits par les esclaves ou par les fils de famille, c'est le droit prétorien qui est venu corriger la rigueur du droit civil, et qui a créé diverses actions au moyen desquelles celui qui a fait affaire avec une personne *alieni juris* peut attaquer le chef de famille pour l'exécution des obligations qui en sont résultées.— Les motifs de raison qui servent de fondement à ces actions se réduisent, en définitive, à deux seulement : 1° l'ordre, l'autorisation donnés expressément ou indirectement par le chef de famille; 2° le profit qu'il a retiré de l'opération de son esclave ou de son fils. S'il a ordonné ou autorisé l'acte, il est juste qu'il en subisse les conséquences; s'il en a tiré profit, il est juste qu'il les subisse encore, du moins jusqu'à concurrence de ce profit.— Sur le premier de ces motifs se fondent : l'action *quod jussu*, pour le cas où le chef de famille a donné l'ordre direct et spécial; les actions *institoria, exercitoria, tributoria* et *de peculio*, pour les cas où il a donné une autorisation générale ou indirecte, soit de faire certaines opérations, comme quand il a préposé son esclave à un commerce, à la conduite d'un navire; soit d'administrer certains biens, comme quand il lui a laissé un pécule. Sur le second de ces motifs est basée l'action de *in rem verso*.

2203. Pour les obligations résultant des délits ou comme des délits des personnes *alieni juris*, c'est le droit civil lui-même qui a créé le principe des actions qui se donnent contre le chef, et

qu'on nomme actions noxales. Elles ont été basées sur cette considération, que le chef doit être obligé au moins jusqu'à concurrence de son droit de propriété sur l'individu auteur du délit.

2204. Il y a cette remarque importante à faire sur ces diverses actions, que, bien qu'elles soient dénommées et considérées dans les textes comme si chacune d'elles formait une sorte d'action particulière ayant son existence propre, cependant, au fond et à le bien prendre, la plupart d'entre elles sont plutôt des attributs, des qualités des diverses actions soit civiles, soit prétoriennes, auxquelles elles s'appliquent. Cela est vrai notamment pour les actions *institoria*, *exercitoria*, *de peculio* et *de in rem verso*. Ainsi, si l'esclave a fait, sur l'ordre de son maître, ou comme son préposé à un commerce ou à la conduite d'un navire, une vente, un achat, un louage, un emprunt, ce sont les actions *empti venditi*, *locati conducti*, ou la *condictio certi* qui devront subir la modification nécessaire pour être transformées en actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, et produire sous cette qualification le même résultat que les actions directes (*in solidum*); ou qui devront, s'il n'y a pas eu d'ordre ni de préposition, être données jusqu'à concurrence du pécule et de ce qui aura tourné au profit du maître (*de peculio* et *de in rem verso*). De même, si l'esclave a commis un vol, un rapt, une injure, ce sera l'action *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, qui sera donnée contre le maître, avec la qualité d'action noxale. Les commentateurs, bien qu'ils n'aient pas toujours suffisamment aperçu ou mis en saillie ce caractère particulier de ces sortes d'actions, les désignent cependant sous un nom générique qui contient quelque chose de cette idée : ils les appellent *actiones adjectitiæ qualitatis*, parce que dans leur seule dénomination elles portent avec elles l'indication de leur attribut, de leur qualification spéciale. Ce nom générique est, du reste, étranger au droit romain. — On les qualifie aussi d'actions indirectes, parce qu'elles ne sont données contre le chef de famille que pour des actes qui ne viennent pas de lui directement, mais seulement des personnes soumises à son pouvoir.

2205. Nous ne connaissons pas précisément quelle était la formule de ces diverses actions, ni par conséquent quelle était la modification que le préteur faisait subir aux actions directes pour les transformer ainsi et les donner contre le maître à raison des faits de l'esclave ou du fils de famille. Toutefois, il est à remarquer que dans les premières de ces actions, c'est-à-dire dans les actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, la modification ne devait porter que sur les premières parties de la formule, et non sur la *condemnatio*, puisque celle-ci devait rester *in solidum*, comme si le maître avait contracté lui-même. Tandis que dans les actions *de peculio* et *de in rem verso*, ainsi que dans les actions noxales, la modification portait sur la *condemnatio*, qui subissait, dans le premier de ces cas, une restriction jusqu'à

concurrence du pécule ou de ce qui aurait tourné au profit du maître : *Duntaxat de peculio et de eo quod in rem versum est* CONDEMNA; et qui, dans les actions noxales, par l'adjonction de ces mots AUT NOXÆ DEDERE, présentait au défendeur l'alternative de payer ou de faire l'abandon noxal. « *In judicio adjiciam, aut noxam dedere,* » dit le préteur, pour indiquer qu'il donnera à une action le caractère d'action noxale : par exemple, *Decem aureos aut noxa dedere* CONDEMNA (1).

**I.** Si igitur *jussu domini* cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

**1.** Si quelqu'un a traité avec un esclave qui en avait reçu *l'ordre de son maître*, le préteur accordera contre ce dernier une action pour la totalité de l'engagement, car ici le créancier a suivi la foi du maître.

2206. *Jussu domini.* Par *jussus* il faut entendre un ordre antérieur à l'engagement contracté par l'esclave. Si cependant le maître ratifie l'engagement contracté par son esclave sans son ordre, il sera aussi soumis à l'action *quod jussu* (2), car la ratification équivaut à un mandat. Au reste, si l'esclave, en traitant, n'a été que l'instrument de son maître, si, par exemple, le maître, empruntant de l'argent, ordonne qu'on le compte à son esclave, le préteur ne donnera pas contre le maître l'action *quod jussu,* mais une *condictio* pure et simple, comme si c'était le maître lui-même qui eût reçu l'argent (3).

**II.** *Eadem ratione* prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis *tabernæ* forte aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eo ejus rei causa cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, et si liberum

**2.** *D'après le même motif,* le préteur accorde deux actions tendant à la totalité, dont l'une s'appelle exercitoire, et l'autre institoire. L'action exercitoire a lieu contre celui qui a préposé à son navire un esclave, lequel a contracté un engagement relatif au poste qu'il occupe. Elle a été appelée exercitoire, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui à qui appartiennent les bénéfices journaliers d'un navire. L'action institoire a lieu contre celui qui a préposé *à une boutique* ou à un commerce quelconque un esclave qui a contracté un engagement relatif à l'objet auquel il est préposé. On l'appelle institoire, parce qu'on donne le nom d'*institores* à ceux qui sont préposés à quelque

(1) Dig. 9. 3. *De his qui effud.* 1. f. Ulp. — 47. 2. *De furtis.* 42. pr. f. Paul. — 42. 1. *De re judic.* 6. § 1. f. Ulp. — Ci-dessous, tit. 17. § 1. — Et dans un grand nombre d'autres passages. — (2) Dig. 15. 4. 1. § 6. Ulp. Il est vrai que la loi 5. § 2. D. 15. 3. semble dire que, dans ce cas, le créancier n'aura que l'action *de in rem verso;* mais il faut entendre le texte en ce sens que le créancier aura, outre l'action *quod jussu,* l'action *de in rem verso* comme le dit le § 5 de ce titre. En effet, qu'est-il besoin de la ratification du maître pour avoir l'action *de in rem verso?* — (3) Dig. 15. 4. 5. pr. Paul.

quis hominem aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit : scilicet, quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

commerce. Le préteur donne ces deux actions, quand même le préposé *serait un homme libre* ou l'esclave d'autrui, parce que, dans ces cas, il y a même motif d'équité.

2207. *Eadem ratione.* Le motif pour lequel le préteur accorde l'action *quod jussu* est que celui qui a contracté un engagement avec un esclave par l'ordre de son maître est censé avoir traité avec le maître de cet esclave. Or, le maître aussi est censé avoir traité lui-même dans le cas des actions *exercitoire* et *institoire,* puisqu'il a donné une autorisation générale pour le genre d'opérations auxquelles il a préposé l'esclave (1). Ici donc l'action est donnée contre le maître pour la totalité de l'engagement.

2208. Il y a cette différence entre l'action *exercitoire* et l'action *institoire,* que la première est accordée contre l'armateur, ou contre le maître dont il dépend, mais avec la volonté duquel il aurait armé, pour les obligations contractées par celui auquel le maître du navire aurait remis le commandement, ou celui que ce dernier se serait substitué même à l'insu et malgré la défense de l'armateur; tandis que l'action *institoire* ne peut pas être exercée contre le maître pour l'engagement contracté par le substitué de l'*institor,* ni, en tout cas, contre un maître *alieni juris,* ni contre le maître de ce dernier.

2209. *Tabernæ.* Ce mot signifie boutique; Théophile l'a remplacé, dans sa traduction, par un autre mot qui signifie cabaret. Au reste, pour ce qu'a voulu dire Justinien, l'une et l'autre expression ont le même sens, puisque boutique ou cabaret annoncent une entreprise commerciale. L'action exercitoire et l'action institoire ne se sont d'abord appliquées qu'aux entreprises de commerce; quant à un acte de commerce isolé, le préteur ne donnait pas d'action *institoire,* mais une autre action analogue (*ad exemplum institoriæ*) (2). Enfin cette dernière action s'appliqua aussi à toute négociation même non commerciale (3).

2210. *Etsi liberum quis hominem.* Nous savons que, dans les principes rigoureux du droit civil romain, le mandataire faisait en son propre nom l'affaire qui lui avait été confiée, qu'il s'obligeait lui-même sans obliger le mandant, de telle sorte que ceux qui traitaient avec lui n'avaient pas d'action contre le mandant. Il en serait de même, selon le droit civil, de l'homme libre préposé par quelqu'un à un certain genre d'opérations. Mais le droit prétorien, en étendant à ce cas les actions *institoria* ou *exercitoria,* donne un moyen d'attaquer directement le préposant, et nous avons vu comment, en étendant, par analogie, par utilité, cette action institoire même au cas de simple mandat, la jurisprudence

(1) DIG. 14. 1. 1. § 2. Ulp. — 14. 3. 11. § 2. Ulp. — 14. 6. 7. § 11. Ulp. — (2) COD. 4. 25. 5. — (3) DIG. 14. 3. 19. Papin. — 19. 1. 13. § 25. Ulp. — 17. 1. 10. § 5. Ulp.

est parvenue à donner à ceux qui ont traité avec le mandataire action contre le mandant (ci-dessus, nos 1555 et suiv.).

**III.** Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit : ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

**3.** Le préteur a introduit une autre action appelée tributoire. Car, si un esclave se sert de son pécule pour faire un commerce au su de son maître, et s'il contracte un engagement relativement à ce commerce, le préteur veut que tout le fonds de commerce et les bénéfices qui en sont provenus soient distribués au marc le franc entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers de l'esclave. Et, comme c'est le maître qui fait cette distribution, si l'un des créanciers a à se plaindre de cette distribution, il a contre le maître l'action tributoire.

2211. L'action tributoire n'est donnée contre le maître que lorsqu'il y a dol de sa part dans la distribution : or il y a dol dès que le maître sait ou apprend que l'un des créanciers a reçu moins que ce qui lui était dû; il suffira donc que ce dernier fasse connaître au maître qu'il n'a rien reçu ou qu'il a été mal partagé (1).

**IV.** Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem domini versum erit : ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur quidquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem, ut puta, aureis quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro ceteris vero quinque, eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim *una est actio* qua de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur ante

**4.** En outre, le préteur a aussi introduit l'action *de peculio et de in rem verso*. Ainsi quoique l'esclave ait traité sans la volonté de son maître, si cette opération a été profitable à celui-ci, il sera tenu jusqu'à concurrence de ce profit; si elle ne lui a été d'aucun profit, il sera encore tenu, mais seulement jusqu'à concurrence du pécule. Or, on considère comme ayant profité au maître les dépenses nécessaires faites dans l'intérêt de celui-ci par son esclave : par exemple, s'il a emprunté de l'argent et l'a employé à payer les créanciers de son maître, ou à étayer ses bâtiments en ruine, ou à acheter du froment pour sa maison, ou un fonds, ou toute autre chose nécessaire. Par exemple, votre esclave emprunte à Titius dix écus d'or, il en emploie cinq à payer un de vos créanciers, il dépense les cinq autres d'une manière quelconque, vous serez tenu *de in rem verso* pour les cinq employés à votre profit, et pour les cinq autres jusqu'à concurrence du pécule, de telle sorte que si les dix écus d'or ont été tous employés à votre profit, vous serez tenu à payer les dix intégralement. En effet, *quoiqu'il n'existe qu'une action pour agir de peculio et de in rem verso*,

(1) Dig. 14. 4. 7. §§ 2 et 3. Ulp.

**dispicere solet an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur quantum in peculio sit, *ante deducitur quidquid servus domino, sive qui in potestate ejus sit, debet;* et quod superest id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio : veluti si is in hujus ipsius peculio sit quod eo pertinet, ut si quid *vicario suo* servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.**

**cette action contient deux condamnations. C'est pourquoi le juge devant qui on portera cette action examinera d'abord si l'opération de l'esclave a tourné au profit du maître; il ne passera à l'estimation du pécule que lorsque cette opération n'aura pas tourné au profit du maître, ou n'y aura tourné qu'en partie. Lorsque le juge estime la valeur du pécule, il doit en *déduire tout ce que l'esclave doit à son maître* ou aux personnes soumises à la puissance de ce dernier; le surplus seul doit être l'objet de l'estimation du juge. Quelquefois cependant on ne déduit pas ce que l'esclave doit aux personnes soumises à la puissance de son maître, par exemple, si ces mêmes personnes sont dans le pécule de l'esclave, si ce sont *des esclaves vicaires* qui sont créanciers de l'esclave.**

2212. *Una actio.* D'après Gaius, copié par Justinien, il n'y avait qu'une formule pour agir *de peculio et de in rem verso.* Sans doute, la *demonstratio* et l'*intentio* de la formule indiquaient l'opération faite par l'esclave, et la prétention de droit qui en résultait; mais la *condemnatio* était double, c'est-à-dire qu'elle enjoignait au juge de condamner le maître pour le profit par lui retiré, et, pour le surplus, jusqu'à concurrence du pécule; ou, suivant les cas, jusqu'à concurrence de l'un ou de l'autre seulement. Notre texte nous apprend que le juge ne passait à l'estimation du pécule qu'après avoir examiné si le maître avait profité; Paul et Ulpien (1) pensaient que, lorsque l'esclave avait fait tourner au profit de son maître l'opération qu'il avait faite, son pécule devenant créancier du maître, et la dette de celui-ci augmentant le pécule, on ne pouvait, dans ce cas, agir *de peculio* sans agir en même temps *de in rem verso.* Mais il importait quelquefois d'agir *de in rem verso* lorsque l'esclave n'avait pas eu ou qu'il n'avait plus de pécule, qu'il était mort, affranchi ou aliéné depuis plus d'une année utile; ou bien, si un créancier de l'esclave avait le droit d'attaquer le maître *de in rem verso,* il avait intérêt à ne point l'attaquer *de peculio* pour que les autres créanciers du pécule ne vinssent pas concourir avec lui. Ainsi, bien que les deux modifications *de in rem verso* et *de peculio* fussent ordinairement insérées ensemble dans la même formule, il pouvait se faire dans plusieurs cas qu'elles fussent séparées et qu'une seule restât.

Voilà pourquoi on présente ces actions tantôt comme en formant une seule, et tantôt comme en formant deux.

(1) Dig. 15. 3. 19. Paul.

2213. L'action *de peculio* avait cet avantage sur l'action tributoire, que le créancier qui s'était fait payer en vertu de la première ne rapportait rien aux créanciers du même pécule qui se présentaient plus tard, tandis que celui qui intentait l'action tributoire et se faisait payer en vertu de cette action devait donner caution de rapporter aux autres créanciers qui surviendraient pour prendre part à la distribution (1).

2214. *Ante deducitur quidquid servus domino... debet.* L'esclave ne pouvait être débiteur de son maître que *naturaliter;* car, d'après le droit civil, il ne pouvait y avoir de rapports d'obligation entre un maître et son esclave.—Le maître prélevait sur le pécule ce qui lui était dû soit personnellement, soit comme tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé, lorsqu'il n'avait pas d'autres moyens de s'indemniser.

*Si quid vicario.* Les esclaves vicaires faisant partie du pécule de l'esclave ordinaire, ce que ceux-là devaient à celui-ci faisait partie de son pécule (2).

V. Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria, vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo quod in rem domini versum est, agere possit; sed erit stultissimus, si omissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, æque de peculio et de in rem verso agere potest, sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. *Tributoria ideo expedit agere,* quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus cujus et ceteri creditores. At in actione de peculio, ante deducitur quod domino debetur; et in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria, ejus tantum quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet. Certe, qui potest probare

5. Au reste, il est indubitable que celui qui a contracté avec un esclave, lequel en avait reçu l'ordre de son maître, ou qui a l'action institoire ou exercitoire, peut aussi intenter l'action *de peculio et de in rem verso;* mais ce serait une folie de sa part si, négligeant l'action qui peut lui faire obtenir la totalité de ce qui lui est dû, il s'exposait à la difficulté de prouver que l'opération a tourné au profit du maître, ou que l'esclave a un pécule suffisant pour acquitter toute la dette. Celui qui peut intenter l'action tributoire peut aussi agir *de peculio et de in rem verso;* mais il a plus d'avantage à agir tantôt par l'action tributoire, tantôt par l'action *de peculio et de in rem verso. Il a plus d'avantage à agir par l'action tributoire,* parce que, dans ce cas, le maître n'est pas préféré aux autres créanciers : il y a entre lui et ces derniers égalité complète, tandis que dans l'action de pécule on commence par déduire ce qui est dû au maître, et celui-ci n'est condamné envers le créancier de l'esclave que jusqu'à concurrence du surplus. D'un autre côté, le créancier a intérêt à intenter l'action *de peculio,* parce que, dans cette action, tout le pécule est l'objet de l'action, tandis que l'action tributoire n'a pour objet que la partie du pécule qui a été consacrée au commerce : or, l'esclave

(1) Dig. 14. 4. 5. § 19. Ulp. — (2) Dig. 15. 1. 17. Ulp.

*in rem domini versum esse*, de in rem verso agere debet.

peut n'avoir mis dans le commerce que le tiers ou le quart, ou une partie minime du pécule dont la plus grande partie consisterait en fonds, esclaves, ou argent prêté à intérêt. Le créancier de l'esclave devra donc intenter celle de ces actions qui lui sera la plus avantageuse. Celui qui pourra prouver que *l'affaire a tourné au profit du maître* devra sans aucun doute intenter l'action *de in rem verso*.

2215. Celui qui a l'action *de peculio et de in rem verso* n'a pas toujours à son choix l'action *quod jussu*, ou l'action exercitoire, ou l'action institoire, ou l'action tributoire; car quelqu'un ne peut avoir contre le maître l'action *quod jussu* que pour un engagement quelconque contracté par l'ordre du maître; l'action exercitoire ou institoire que contre le maître qui aurait préposé un esclave à un navire ou à une boutique (1), et l'action tributoire que contre celui dont l'esclave aurait fait un commerce à sa connaissance. Mais quiconque a l'une de ces actions peut intenter à son choix cette action ou l'action *de peculio et de in rem verso*, suivant l'intérêt qu'il trouve à cette première action ou à la dernière; mais, après avoir choisi cette dernière, il ne peut revenir à l'une des autres.

*Tributoria... ideo expedit agere.* Remarquez que, dans l'action *de peculio*, on fait prévaloir la règle *melior est conditio possidentis*. Ainsi, le maître est toujours préféré à un autre créancier. Le créancier qui a été payé n'est pas obligé de rapporter à un autre créancier du pécule. Mais il en est autrement dans l'action tributoire (2).

*In rem domini versum esse.* Celui qui pourra faire la preuve que toute l'opération a tourné au profit du maître obtiendra la totalité, tandis que, dans l'action tributoire ou *de peculio*, il n'obtiendrait le plus souvent qu'une partie de ce qui lui est dû.

**VI.** Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligamus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt.

**6.** Ce que nous avons dit de l'esclave et du maître s'applique au fils ou à la fille, au petit-fils ou à la petite-fille, et au père où à l'aïeul sous la puissance desquels ils se trouvent.

2216. Il y a toutefois cette différence entre les engagements pris par les esclaves et les fils de famille, que si les esclaves se sont engagés par mandat ou fidéjussion pour une autre personne que leur maître, celui-ci n'est jamais tenu, tandis que le père

(1) Il est même à remarquer que l'action exercitoire et l'action institoire ne peuvent jamais concourir avec l'action tributoire; puisque, dans ces premières actions, l'esclave agit comme préposé de son maître, celui-ci est tenu personnellement de la totalité. — (2) Dig. 14. 4. 6. Paul. — 15. 1. 9. § 2. Ulp.

de famille est tenu même de l'engagement contracté par son fils pour autrui (1).

**VII.** Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate, et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamvé, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitæ parentium insidiabantur.

**7.** Il y a cela de particulier pour les fils de famille, que le sénatus-consulte Macédonien a défendu de prêter de l'argent aux fils de famille, et toute action est refusée tant contre le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille (qu'ils soient encore sous la puissance de leur père, où qu'ils en soient sortis par la mort du père ou par émancipation), que contre le père ou l'aïeul, soit qu'ils les aient encore sous leur puissance, soit qu'ils les aient émancipés. Le sénat l'a ainsi décidé, parce que souvent les fils de famille, après avoir emprunté des sommes qu'ils dissipaient en débauches, attentaient à la vie de leurs ascendants.

2217. *S. C. Macedonianum.* Le sénatus-consulte Macédonien, d'après Tacite (2), a été rendu sous le règne de Claude, et d'après Suétone (3) sous le règne de Vespasien. Pothier (4) pense qu'il a pris naissance sous le règne de Claude, et a été renouvelé sous Vespasien. Son nom lui vient soit d'un *Macedo,* usurier fameux, soit d'un *Macedo,* fils de famille débauché, dont la rapine usuraire ou la dissipation criminelle aurait été l'occasion du sénatus-consulte. Les termes mêmes nous en ont été transmis par Ulpien (5). Il avait pour résultat plutôt de faire dénier l'action que d'annuler le prêt. Nous voyons en effet, par les textes, que le préteur procédait tantôt par refus de l'action (6), et tantôt par concession d'une exception (7). Le préteur refusera l'action toutes les fois que, sur les faits reconnus devant lui (*in jure*) par les parties elles-mêmes, il sera immédiatement constant que l'on se trouve dans un cas d'application du sénatus-consulte. Il procédera par l'insertion d'une exception dans la formule lorsque quelques-uns de ces faits seront à vérifier et que la question sera douteuse; car plus d'un doute peut être élevé, comme nous le voyons par les fragments relatifs à cette application. Ainsi, par exemple, le sénatus-consulte cesserait à l'égard du créancier qui aurait prêté son argent, croyant, non pas légèrement, mais sur des apparences graves et publiques, avoir affaire à un père de famille (8). — Dans l'un et l'autre cas cependant, l'expression consacrée dans la jurisprudence romaine pour désigner l'effet de ce sénatus-consulte est celle d'*exception du sénatus-consulte Macédonien.*

(1) Dig. 15. 1. 3. § 9. — (2) Ann. 11. 13. — (3) Vesp. 11. — (4) Pand. 14. 6. 1. — (5) Dig. 14. 6. *De sen. cons. Macedoniano.* 1. pr. f. Ulp. — (6) *Ibid.* 1. pr. et § 1; 7. § 6. f. Ulp. — (7) *Ibid.* 7. §§ 4. 7. 8. 10 et 14. f. Ulp.; 9. pr. f. Ulp.; 11. f. Ulp. — (8) *Ibid.* 3. pr. f. Ulp.

Nous avons déjà donné les raisons à propos du sénatus-consulte Velléien (ci-dess., n° 1411). Ces raisons sont les mêmes ici. Mais nous savons (n° 1807) que le sénatus-consulte Macédonien laisse subsister l'obligation naturelle.

**VIII.** Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

**8.** En dernier lieu, nous devons faire remarquer que ce qui est dû en vertu d'un contrat fait par ordre du père ou du maître, ou ce qui a tourné à leur profit, nous pouvons le demander aussi directement par condiction, comme si nous avions traité immédiatement avec le père ou le maître. Nous pouvons de même poursuivre par la condiction celui qui est tenu envers nous par l'action exercitoire ou l'action institoire, parce que c'est aussi par son ordre que l'engagement a été contracté.

2218. Voici qui semble détruire tout ce qui précède. Si pour ce qui a été contracté par ordre du chef de famille, ou par son préposé, ou si pour tout ce qui a tourné à son profit, on a directement une action civile contre lui, à quoi servent les actions indirectes et prétoriennes, que l'on vient de signaler? — Mais il ne faut pas se méprendre sur l'étendue de ce paragraphe. Ce n'est pas toute action résultant des contrats faits *jussu domini*, ou par un préposé, que l'on donne directement contre le maître; c'est seulement la condiction (*directo quoque posse a patre dominove condici*) : bien entendu, avec le caractère de droit strict qui appartient à cette action, et pour les choses qu'elle est susceptible de comprendre.

Or, nous savons que c'est le propre de la *condictio* de ne poursuivre que l'exécution d'une obligation civile, de droit strict, et unilatérale. Nous savons aussi que la jurisprudence romaine en a successivement étendu l'application; que, limitée d'abord aux sommes d'argent (*certa pecunia*), puis à tous objets certains (*res certa*), elle a fini par s'étendre aux obligations de choses indéterminées, même à celles de faire; mais toujours comme poursuite unilatérale et de droit strict. Nous savons enfin que les causes qui pouvaient y donner naissance étaient en grand nombre, soit dans les contrats, soit dans les quasi-contrats, soit dans les délits ou dans les quasi-délits (ci-dessus, n°s 1965 et suiv.). Il ne s'agit ici que des contrats et quasi-contrats.

La jurisprudence avait fini par admettre que, dans tous les cas où une personne se trouvait avoir acquis sans juste cause le bien d'autrui, ou en avoir profité, par un fait soit volontaire, soit involontaire, venant d'elle ou même d'autrui, il y avait lieu contre elle à une *condictio* pour la répétition de ce dont elle avait profité : « *Quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est,* » dit Celse. « *Quasi ex re tua locupletior*

*factus sim,* » dit Africain. « *Quia ex aliena jactura lucrum quæram,* » dit Paul (1). La *condictio* ici n'est pas fondée sur un contrat, mais sur le fait que je me suis enrichi du bien d'autrui (V. tom. II, App. IV). Lors donc que celui qui a fait une opération avec un esclave ou un fils de famille, par exemple une vente, un achat, un louage, au lieu de poursuivre le maître par l'action résultant de cette opération jusqu'à concurrence du pécule et de ce qui a tourné au profit de ce maître (*de peculio et de in rem verso*), poursuit ce dernier par la *condictio,* action civile et de droit strict, pour répéter contre lui ce dont il a profité, il n'y a vraiment qu'une application des principes communs admis par la jurisprudence sur la *condictio*. En effet, il a le choix contre le maître, ou, d'après les principes prétoriens, de l'action même résultant du contrat qu'il a fait avec l'esclave, mais donnée seulement par le préteur *de peculio et de in rem verso;* ou, d'après les principes civils, de la *condictio,* résultant du fait que le maître a profité de quelque chose à lui appartenant; la première action, indirecte et prétorienne; la seconde directe et civile.

Enfin, la jurisprudence était également arrivée à admettre que lorsque l'opération d'où pouvait résulter une *condictio* avait été faite par l'ordre de quelqu'un (*jussu*), ou par son *préposé* (*institor* ou *magister*), c'était comme si elle avait eu lieu avec lui, et que la *condictio* se donnait directement contre lui (2). Si, par exemple, vous avez, sur mon ordre, livré à mon esclave une somme d'argent en *mutuum,* ou quelque chose que vous avez payé par erreur, croyant me le devoir, ou un objet en échange d'un autre qui ne vous a pas été donné, ou si pareille opération a eu lieu avec mon *institor,* ce sera contre moi que vous aurez la *condictio certi,* la *condictio indebiti,* la *condictio causa data causa non secuta*. De même pour les condictions qui peuvent naître de cette foule de contrats innommés qui sont formés *re;* en un mot, toutes les fois que l'opération sera de nature à pouvoir donner naissance à la poursuite d'une obligation unilatérale par le moyen d'une *condictio*. Mais pour les actions *empti* ou *venditi, locati* ou *conducti, pro socio, præscriptis verbis,* et toutes autres semblables, il est impossible que les effets de bonne foi et bilatéraux qu'elles doivent produire puissent être produits par l'action de droit strict, la *condictio;* on ne peut les avoir contre le maître et poursuivre en conséquence contre celui-ci l'exécution même des contrats auxquels elles se réfèrent, qu'avec la modification prétorienne qui les transforme en actions *quod jussu, institoria,*

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 32. f. Cels.; 23. f. Afric. — 14. 3. *De institor. act.* 17. §§ 4 et 5. f. Paul. — (2) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 9. § 2. f. Ulp. — 29. f. Paul. — C'est quelque chose d'analogue qui a lieu dans les fragments suivants : 12. 6. *De condict. indeb.* 57. § 1. f. Papin. — 23. 3. *De jure dot.* 78. § 5. f. Tryphon. — 44. 4. *De doli except.* 5. § 5. f. Paul. — 3. 5. *De negot. gest.* 6. § 9. f. Julian. — 47. 2. *De furtis.* 80. § 5. f. Papin.

*exercitoria*, ou *de peculio et de in rem verso* (1). Ainsi, l'utilité de ces actions indirectes et prétoriennes subsiste encore, et par conséquent leur usage se maintient même après que la jurisprudence a donné sa plus grande extension à la *condictio*.

## TITULUS VIII. — TITRE VIII.

### DE NOXALIBUS ACTIONIBUS. — DES ACTIONS NOXALES.

2219. Le texte passe ici aux obligations résultant des délits des esclaves ou des fils de famille, et à l'exposé des actions qui pouvaient en résulter contre les maîtres. C'est à ces sortes d'actions surtout que doit être appliquée la réflexion que nous avons faite : qu'il faut y voir, non pas une espèce d'action particulière, ayant son existence propre; mais bien une certaine modalité, une certaine qualité dont les diverses actions résultant des délits peuvent être affectées. En effet, c'est l'action *furti, vi bonorum raptorum, injuriæ, ex lege Aquilia*, ou autre semblable, qui est donnée contre le maître, selon que l'esclave a commis un vol, un rapt, une injure, un dommage à tort, ou autre délit. Mais elle est donnée avec la qualité particulière d'être noxale, c'est-à-dire avec cette alternative ajoutée à la condamnation : « AUT NOXÆ DEDERE ; » de telle sorte que le maître ne sera tenu de subir les suites de l'action ou de la condamnation que si mieux il n'aime faire l'abandon de l'esclave auteur du délit. Ainsi l'expression *noxale* indique une qualité des actions, et non une action proprement dite.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

Les délits d'un esclave, tels que le vol, l'enlèvement des biens par violence, le dommage causé, l'injure, donnent lieu à des actions noxales en vertu desquelles le maître du délinquant, étant condamné, doit payer le montant de la condamnation ou abandonner l'esclave en noxe.

1. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est, servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

1. On appelle *noxe* le corps qui a nui, c'est-à-dire l'esclave; et *noxia* le délit lui-même, tel qu'un vol, un enlèvement de biens par violence, un dommage causé, une injure.

2220. *Noxa* signifie quelquefois aussi le délit lui-même.

2. Summa autem ratione permissum est noxæ deditione defungi; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

2. C'est avec une grande équité que l'on a permis au maître d'éviter de payer le montant de la condamnation par l'abandon noxal; car il eût été inique que la méchanceté d'un esclave entraînât pour le maître une perte supérieure à l'esclave lui-même.

(1) C'est dans ce sens que doit être interprété, selon nous, le fragment de Labéon (DIG. 17. 2. *Pro socio*. 84), qui ne laisse pas que d'offrir matière à controverse.

III. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur : nec minus in perpetuum ejus *dominium a domino transfertur*. Sin autem damnum ei cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

3. Dans l'action noxale, le maître pouvait se libérer, lorsqu'il était poursuivi, en abandonnant l'esclave, et alors *il en transférait la propriété à perpétuité;* mais si, après cela, l'esclave trouvait le moyen, en se procurant de l'argent, d'indemniser celui auquel il avait été abandonné, il était affranchi même malgré son maître, avec le secours du préteur.

2221. Il est indubitable que si le maître appelé *in jus* pour un délit de son esclave en faisait abandon avant la *litis contestatio,* il évitait par cet abandon l'action noxale, qui, dès lors, n'était pas donnée contre lui (1). — Il est également indubitable que, si, une fois l'action noxale délivrée et les parties *in judicio,* cet abandon était fait par le maître ou devenait impossible sans sa faute, le maître devait être absous (2). — Mais suit-il de là que les actions noxales fussent toutes et dans tous les cas arbitraires, par cela seul qu'elles avaient la qualité de noxales; ou, en d'autres termes, que toute action donnée noxalement devînt par cela seul arbitraire? — On pourrait induire l'affirmative du § 31, au tit. 6 qui précède (ci-dessus, n° 2143), dans lequel, en définissant les actions arbitraires, Justinien dit : « *In quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat... vel solvat,* VEL EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT, *condemnari debeat.* » On pourrait y ajouter un fragment d'Ulpien qui se sert précisément de ces expressions : « *arbitrio judicis absolvi eum oportet* (3). » Telle est, en effet, l'opinion adoptée par notre honorable collègue M. Ducaurroy. — Toutefois, ces textes ne sont pas décisifs. Le caractère particulier de l'action arbitraire, c'est de conférer au juge, par les expressions NISI RESTITUAT ou autres semblables, le pouvoir d'arbitrer la satisfaction due au demandeur et de rendre un ordre préalable (*jussus*) par lequel il est enjoint au défendeur de donner cette satisfaction sous peine d'être condamné. Or rien ne nous montre que dans toutes les actions nées de délits, mais rédigées noxalement, le juge fût investi d'un semblable pouvoir et que la formule contînt cette restriction NISI RESTITUAT, ou autre semblable. La satisfaction n'était pas arbitraire, elle devait consister dans la peine même résultant du délit, par exemple du vol, du rapt, du dommage causé à tort. Quant à l'abandon noxal, il n'était pas compris dans l'obligation du maître, il était seulement *in facultate solutionis ;* cet abandon ne lui était pas enjoint, mais seulement laissé à son libre arbitre; et à quelque époque qu'il le fît, soit avant la délivrance de l'action, soit avant la sentence, soit après la condamnation, il se libérait. On ne voit donc pas comment le juge le lui

(1) DIG. 9. 4. *De noxalib. action.* 21. pr. f. Ulp.; et 29. f. Gai. — (2) *Ibid.* 14. § 1. f. Ulp., et 19. pr. f. Paul. — (3) DIG. 9. 4. *De noxal. act.* 14. § 1. f. Ulp.

aurait ordonné par un *jussus* préalable, ni comment il aurait par un semblable *jussus* estimé *ex æquo et bono* la satisfaction due, comme cela avait lieu dans les actions arbitraires. Les expressions du § 31 peuvent se justifier, en ce sens qu'elles se référeraient au cas où l'action noxale serait arbitraire, parce que ce serait une action arbitraire elle-même, par exemple l'action *de dolo malo* ou *quod metus causa*, qui serait donnée noxalement pour le fait de l'esclave (1). Quant à ces mots *arbitrio judicis*, contenus dans le fragment d'Ulpien, ils ne désigneraient pas nécessairement une action arbitraire, car ils sont bien fréquemment employés dans un sens plus large (ci-dessus, n° 1985). — En somme, nous dirons que les actions noxales ne peuvent pas être rangées dans la classe des actions arbitraires par cela seul qu'elles sont noxales. S'il est permis d'y voir quelque chose d'analogue, ce n'est que dans un sens particulier et avec une large variante. Le juge n'y avait pas le pouvoir d'arbitrer la satisfaction, ni même d'enjoindre l'abandon noxal par un *jussus préalable*; et cet abandon pouvait avoir lieu même après la condamnation. Le caractère spécial de ces sortes d'actions résultait seulement de cette restriction : « NISI EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT...., ou bien AUT NOXÆ DEDERE CONDEMNA, » qui imposait au juge dans toute action noxale l'obligation d'acquitter, si l'abandon était fait avant la sentence : ce qui était contesté par certains jurisconsultes pour les actions de droit strict (ci-dessus, n° 2001); et dans tous les cas, de ne condamner le défendeur qu'avec l'alternative de l'abandon noxal qu'il avait le droit de faire.

2222. *Dominium a domino transfertur*. Lorsqu'un père de famille abandonnait en noxe son fils délinquant, pour échapper à l'obligation de payer le montant du litige, cet abandon se faisait au moyen d'une seule mancipation (2) : or, une seule mancipation du fils de famille, faite pour éviter le payement de l'estimation du litige, faisait perdre au père de famille toute puissance paternelle; lorsque le fils de famille avait satisfait celui auquel il avait été abandonné en noxe, il était forcément *sui juris*; délivré de la puissance de son créancier, il ne retombait pas sous la puissance de son père. Il n'est donc pas étonnant que l'esclave, étant abandonné en noxe, tombât sous le domaine *quiritaire* de celui à qui il était abandonné. Les textes qui semblent indiquer que l'esclave était seulement *in bonis* de son créancier doivent s'appliquer à l'esclave que le demandeur emmenait par ordre du préteur, son maître étant absent ou sans défenseur (3).

(1) M. DEMANGEAT (tom. II, p. 607) fait observer que dans les actions arbitraires mentionnées au § 31, *De actionibus*, la satisfaction ne consiste point dans un abandon noxal, mais dans une restitution ou un payement. Mais il est naturel de supposer que le *jussus* du juge, aussi bien que la condamnation, portait d'abord la restitution ou le payement, en laissant l'abandon facultatif pour le défendeur: *vel ex noxali causa servum dedat*. — (2) GAI. 4. 79 — (3) DIG. 9. 4. 26. § 6. Paul. — DIG. 2. 9. 2. § 1. Paul.

IV. Sunt autem constitutæ noxales actiones, aut legibus aut edicto prætoris : legibus, veluti furti lege Duodecim Tabularum; damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.

4. Les actions noxales ont été établies, ou par des lois, ou par l'édit du préteur : par des lois, comme l'action de vol qui a été établie par la loi des Douze Tables; l'action du dommage causé à tort qui a été établie par la loi Aquilia; par l'édit du préteur, comme l'action d'injures et l'action d'enlèvement de biens par violence.

2223. Les délits qu'indique notre texte comme donnant lieu à une action noxale ne sont indiqués que pour exemples; car de tout délit peut naître une action de cette qualité (1).

V. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio : si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit : nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio quæ antea directa fuisset.

5. Toute action noxale suit le délinquant. Car, si votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance, il y a action noxale contre vous : s'il passe sous la puissance d'une autre personne, l'action aura lieu contre cette dernière; s'il est affranchi, on agit contre lui directement, et l'abandon noxal ne peut plus avoir lieu. En sens inverse, l'action qui était d'abord directe peut ensuite devenir noxale; car si un homme libre commet un délit, et s'il devient ensuite votre esclave (ce que nous avons vu, dans le premier livre, arriver en plusieurs cas), il y aura contre vous une action noxale, tandis qu'auparavant elle aurait été directe.

2224. L'action est ici appelée directe, lorsqu'elle est dirigée contre le délinquant lui-même, par opposition à l'action noxale qui serait dirigée contre le maître.

Au reste, c'est moins comme propriétaire que comme possesseur de l'esclave que le maître est soumis à l'action noxale; si l'esclave était en fuite, ou possédé par un autre à titre de propriétaire, l'action ne serait pas donnée contre le maître : en effet, dans ce cas, il serait dans l'impossibilité, pour échapper au payement du montant du litige, de faire l'abandon de l'esclave.

VI. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur : namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest; ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde, si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio,

6. Si l'esclave commet un délit envers son maître, il n'en résulte aucune action; car il ne peut pas naître d'obligation entre le maître et celui qui est sous sa puissance : c'est pourquoi si votre esclave, après avoir commis un délit contre vous, passe sous la puissance d'une autre personne, ou est affranchi, il n'y aura d'action ni contre l'affranchi, ni contre la personne sous la puissance de laquelle l'esclave est passé. D'où

(1) Conf. loi des Douze Tables avec Dig. 9. 4. 2. § 1. Ulp. — Dig. 2. 9. 5. Ulp. — Dig. 47. 7. 7. § 5. Ulp. — Dig. 4. 4. 24. § 3. Paul.

quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

cette autre conséquence, que si l'esclave d'autrui commet un délit envers vous, et si ce même esclave tombe sous votre puissance, l'action est éteinte, parce que les choses en sont venues au point où il ne peut y avoir d'action; et, quand même cet esclave sortirait ensuite de votre puissance, vous ne pourriez agir: il en est de même si le maître a commis un délit envers son esclave, il n'aura pas d'action, quand même l'esclave serait affranchi ou aliéné.

2225. Nous savons que l'esclave qui s'oblige, même civilement, envers les étrangers, par ses délits, ne peut s'obliger ainsi envers son maître, et qu'il ne peut y avoir entre eux que des obligations naturelles (encore ne paraît-il pas que la jurisprudence eût étendu l'idée de cette obligation naturelle entre l'esclave et son maître au cas de délit) (ci-dess., n° 1287). La dernière hypothèse prévue dans notre paragraphe est relative au cas où un esclave appartenant à autrui et ayant commis un délit contre quelqu'un viendrait à passer en la puissance de ce dernier. On se demande ce que deviendra, en cette situation, l'action civile qui avait pris naissance lors du délit. Suivant les Proculéiens elle ne fait que s'assoupir et reste comme endormie tant que subsisteront entre l'esclave et son nouveau maître les rapports de puissance et d'esclavage; mais elle se réveillera et reprendra sa vigueur dès que ces rapports viendront à cesser. Suivant les Sabiniens, au contraire, l'action s'éteint pour ne plus renaître (1) : c'est cette opinion qu'adopte Justinien.

VII. Sed *veteres* quidem hæc et in filiis familias masculis et feminis *admisere*. *Nova autem hominum conversatio* hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene *per corpus pater magis quam filius periclitetur*, cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, *ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*

7. Les anciens appliquaient les mêmes principes aux fils et aux filles de famille; mais cette application se trouve en opposition trop ouverte avec *l'état actuel de nos mœurs;* aussi est-elle tombée entièrement en désuétude. En effet, comment tolérer qu'un père soit obligé d'abandonner en noxe son fils, et surtout sa fille? Le père ne souffrirait-il pas, par son fils, plus que son fils lui-même? et en outre, pour la fille, la décence n'était-elle pas un autre obstacle à l'abandon noxal? C'est pourquoi on a restreint l'action noxale aux esclaves; quant aux fils et aux filles, *ils peuvent être attaqués personnellement*, d'après l'opinion même des anciens commentateurs de nos lois.

2226. *Veteres admisere*. Tite-Live (2) nous rapporte que le peuple romain, lorsqu'un citoyen avait commis un délit ou un

(1) GAI. Comm. 4. § 78. — (2) ANN. 9. 10.

crime contre les ennemis, l'abandonnait en noxe à ceux-ci, pour échapper à la responsabilité qu'il était censé encourir.

*Nova autem hominum conversatio.* Ici Justinien fait probablement allusion à la restriction de la puissance paternelle, qui autrefois donnait le droit de vendre un enfant de famille (1).

*Per corpus pater magis quam filius periclitetur.* Par l'abandon de son fils ou de sa fille, le père était exposé à les voir traiter avec cruauté ou impudeur, ce qui pour lui devait être un supplice (2).

*Ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.* Nous avons déjà expliqué (ci-dess., n° 1300) quelles étaient les conséquences de ce principe, admis dès les temps anciens, en droit romain.

## TITULUS IX.

### SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

*Animalium* nomine quæ ratione carent, si qua lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege Duodecim Tabularum prodita est. Quæ animalia, si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex Duodecim Tabularum scripta est : ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet. Ceterum, *si genitalis sit feritas, cessat.* Denique si ursus fugit a domino, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum : nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quod ad noxalem pertinet actionem.

## TITRE IX.

### DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN QUADRUPÈDE.

A l'égard *des animaux* dépourvus de raison, si, par effervescence, emportement ou férocité, ils ont causé du dommage, la loi des Douze Tables a établi une action noxale pour ce cas; ainsi, d'après cette loi, ces animaux pourront être abandonnés par leur maître, qui se libérera ainsi : par exemple, si, suivant son habitude, un cheval fougueux a frappé du pied ou un bœuf a porté un coup de corne. Mais cette action n'a lieu que lorsque le dommage a été causé par exception au naturel des animaux; car, s'il a été causé par suite d'une férocité native, il n'y a pas d'action. Enfin, si un ours, après s'être enfui de chez son maître, a causé du dommage, cet ancien maître ne peut plus être poursuivi, parce que son domaine a cessé du moment que l'animal a pris la fuite. Le dommage causé par un animal dépourvu de raison est appelé *pauperies* (dégât), parce que ce dommage a été causé sans mauvaise intention; car un animal sans raison ne peut être considéré comme ayant causé du tort contrairement au droit. Voilà ce qui concerne l'action noxale.

2227. L'action dont il s'agit ici, qui dérive de la loi des Douze Tables (3), et qu'on désigne par le nom de *actio de pauperie*, n'est pas simplement une certaine modalité, une certaine qualité d'action. Elle est, par elle-même, une action particulière, avec son existence propre, qui, de plus, a la qualité d'être noxale :

---

(1) Cod. 4. 43. — (2) Dig. 4. 2. 8. § 3. Paul. — (3) Voir, tom. I, *Histoire de la législation romaine*, Table VIII, § 6, avec la note qui s'y réfère, page 111. — Dig. 9. 1. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

c'est-à-dire d'emporter pour le défendeur la faculté de se libérer en faisant abandon noxal.

*Animalium.* Remarquez que, quoique l'intitulé de notre titre ne semble parler que des quadrupèdes, parce que la loi des Douze Tables se bornait, en effet, à ce genre d'animaux, l'expression du texte est ensuite plus générale et comprend tous les animaux, quadrupèdes ou bipèdes. La jurisprudence, en effet, avait donné par utilité cette extension à la loi des Douze Tables.

*Si genitalis sit feritas, cessat.* Cette expression est employée ici par opposition à cette autre expression *solitus petierit;* cependant, cette dernière semble se confondre avec la première; en effet, un dégât occasionné par une effervescence habituelle ressemble beaucoup à un dégât causé par une férocité native. Mais remarquez qu'un écart d'animal dont l'allure est connue et qui ne commet de dégât que par un emportement qu'on aurait pu empêcher, quoique l'animal y fût enclin, est bien différent du dégât qui est l'effet d'une férocité qu'on ne peut réprimer. Ici le maître est excusable : aussi ne faut-il entendre le *solitus petierit* que des animaux domestiques, dont le muletier ou le gardien doit modérer les mouvements. Quant à l'animal féroce, tel que l'ours, le maître n'est soumis, pour les dégâts causés par lui, qu'à une action utile : et même notre texte le met à l'abri de toute action quand l'ours a causé le dommage après avoir pris la fuite et sans être revenu sous la puissance de son ancien maître (*quondam*).

I. Ceterum sciendum est ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem, ibi habere qua vulgo iter fit : et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum et æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur; ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, et de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

I. Au reste, l'édit des édiles nous défend d'avoir près de la voie publique un chien, un verrat, un sanglier, un ours ou un lion; si nous contrevenons à cette défense, et qu'il en résulte du dommage pour un homme libre, nous serons condamnés à ce qui paraîtra au juge juste et équitable; pour tout autre dommage, nous serons condamnés au double du dommage : outre ces actions édilitiennes, nous serons encore soumis à l'action de *pauperie* (de dégât). Car jamais le concours, pour le même objet, de plusieurs actions, surtout pénales, ne fait que l'exercice de l'une empêche l'exercice de l'autre.

Sur le concours des actions pénales, voir n° 1780.

## TITULUS X.
### DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno : alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Prætcrea lege Hostilia permissum erat

## TITRE X.
### DE CEUX PAR QUI L'ON PEUT AGIR.

On peut agir pour soi-même ou pour autrui. On peut agir pour autrui comme procureur, comme tuteur ou comme curateur : mais autrefois on ne pouvait agir pour autrui que pour le peuple, pour la liberté ou la tutelle. En outre, la loi Hostilia avait permis d'agir à raison

furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. — Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam et morbus et ætas et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ, sæpe impedimento sunt quominus rem exsequi possint.

de vol, pour ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi, ou absents dans l'intérêt de la république, ou pour ceux qui se trouvaient sous la tutelle de ces personnes. Or l'impossibilité d'agir ou de défendre pour autrui, dans les autres cas, offrait de grands inconvénients; aussi fut introduit l'usage de plaider par procureur; en effet, une maladie, l'âge, un voyage indispensable, et beaucoup d'autres motifs, mettaient souvent les personnes dans l'impossibilité de suivre leurs propres affaires.

2228. Nous connaissons le principe de l'ancien droit civil des Romains, que nul ne peut se faire représenter par autrui dans les actes juridiques, mais que chacun doit y figurer et y agir en personne et pour soi-même : principe à la rigueur duquel le droit tendit de plus en plus à échapper, et qui finit par n'avoir plus qu'une existence nominale. — Ce principe recevait son application aux actions judiciaires, soit quant au rôle de demandeur, soit quant à celui de défendeur; et il y subit aussi des adoucissements successifs sous lesquels il disparut enfin. A ce sujet, il faut distinguer entre les trois systèmes de procédure.

2229. Sous les actions de la loi, le principe était rigoureusement en vigueur; seulement, il y fut fait les différentes exceptions dont parle notre texte, et que nous avons déjà indiquées ci-dessus, n° 1840.

2230. Sous le système formulaire, un moyen fut offert à tous de constituer dans les actions, soit comme demandeur, soit comme défendeur, un véritable représentant, remplissant le rôle du constituant et agissant ou défendant au nom de celui-ci comme si c'était lui-même. Ce représentant se nomma *cognitor*, il dut être constitué devant le magistrat, au moyen de paroles solennelles, et en présence de l'adversaire. Le demandeur constituait un *cognitor* en ces termes : par exemple, dans une action en vendication d'un fonds, « QUOD EGO A TE FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; » le défendeur en ceux-ci : « QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO. » Ils pouvaient aussi dire d'une manière générale applicable à toute action : le demandeur, « QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM L. T. COGNITOREM DO; » et le défendeur : « QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM P. M. COGNITOREM DO. » Peu importait que le *cognitor* fût présent ou absent au moment de sa constitution; seulement, s'il avait été donné étant absent, il n'était *cognitor* qu'après avoir connu et accepté cet office (1).

2231. Plus tard, on appliqua aux actions judiciaires les prin-

(1) GAI. Comm. 4. § 83. — Voir aussi sur la matière VATICANA FRAGMENTA, *De cognitoribus et procuratoribus*, §§ 317 à 341.

cipes du mandat. Il fut admis qu'un mandataire, ou *procurator*, pouvait agir, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur, mais avec les règles du mandat. C'est-à-dire que le *procurator* ne représentait pas le mandant ; il agissait en son propre nom, et non pas au nom de celui-ci ; à ses propres risques et périls, prenant sur lui les suites du procès et de la sentence qui, en principe, restait étrangère au mandant. On exprimait ce résultat en disant que le *procurator* devenait maître du procès, *dominus litis*. Aussi l'adversaire contre qui il se présentait avait-il le droit d'exiger de lui la caution *ratam rem dominum habiturum*, qui n'était pas applicable au cas du *cognitor* (1). — Le *procurator* se constituait sans aucune solennité, hors la présence du magistrat comme devant lui, en l'absence de l'adversaire comme en sa présence, par le seul mandat. Des jurisconsultes même admettaient à plaider ainsi le simple *negotiorum gestor*, qui se présentait sans aucun mandat, pourvu qu'il donnât la caution exigée pour répondre de la ratification (2). — Ce fut à ce titre de mandataire, et sous l'empire des mêmes règles, que le tuteur (dans les cas où ne s'appliquait pas l'ancienne exception *pro tutela* des actions de la loi) et le curateur furent admis à plaider, en leur propre nom, pour le pupille ou le mineur. Seulement, on leur remettait quelquefois l'obligation de donner la caution de ratification (3).

2232. Aussi Gaius, au lieu de cet ancien principe qu'on ne peut agir pour autrui, en arrive-t-il à dire en sens inverse : « Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno : alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio (4). »

2233. Le mécanisme à l'aide duquel la formule était transformée quand un tiers venait plaider pour autrui, soit comme demandeur, soit comme défendeur, est curieux à observer. Il nous était déjà révélé par la paraphrase de Théophile, qu'est venu confirmer le manuscrit de Gaius. Comme le droit qui fait l'objet de l'action est attaché exclusivement, soit comme droit réel, soit comme créance, soit comme obligation, à la personne même des véritables parties, et non à la personne des tiers qui viennent plaider pour elles, le nom seul de ces véritables parties peut figurer dans l'*intentio* de la formule qui contient l'énonciation du droit. Mais, ensuite, dans la *condemnatio*, c'est le nom du représentant qui figure : puisque c'est envers lui, s'il est demandeur, que le défendeur doit être condamné ou absous ; ou c'est lui-même qui doit être condamné ou absous, s'il est défendeur. Gaius exprime laconiquement et élégamment ce mécanisme, en disant : « Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. » Par

(1) GAI. Comm. 4. §§ 97 et 98. — (2) *Ibid.* § 84. — (3) *Ibid.* § 99. — (4) *Ibid.* § 82.

exemple, si Lucius Titius agit, dans une cause d'obligation, pour Publius Mævius, la formule sera ainsi conçue : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. » Une transformation analogue a lieu dans le cas où c'est le rôle de défendeur que remplit le représentant (1). — Ceci se pratiquait tant pour le *cognitor* que pour le *procurator*, quoique dans le cas de *cognitor* l'action *judicati* se donnât pour ou contre le représenté, d'après le principe que dans ces cas le représentant ne faisait qu'un avec lui (2). — Cette sorte de formule s'appelait *Rutilienne*, du nom du préteur qui l'avait inventée (ci-dess., n° 1163 et 1168).

2234. Sous le système de la procédure extraordinaire, l'extension donnée à la possibilité de se faire représenter en justice par un tiers est devenue encore plus grande, en ce sens que le rôle du *procurator* a été de plus en plus rapproché de celui du *cognitor*. Avant même que cette procédure fût devenue générale et se fût complétement substituée à l'autre, déjà au temps d'Alexandre Sévère, il avait été reçu que le *procurator præsentis*, c'est-à-dire le *procurator* constitué *apud acta*, par le maître en personne, quoique sans les paroles solennelles, serait assimilé au *cognitor*; qu'en conséquence il ne ferait qu'un avec le représenté, et que l'action *judicati* serait donnée pour ou contre celui-ci (3). Enfin l'assimilation devint de plus en plus étendue, et fut appliquée à tout *procurator*, même au *negotiorum gestor* qui faisait après coup ratifier sa gestion (4). De telle sorte qu'ils furent tous considérés, de même que le *cognitor*, comme de véritables représentants jouant le rôle du représenté, s'identifiant avec lui; et qu'en conséquence l'action *judicati* fut donnée non plus pour ou contre eux, mais pour ou contre le représenté. Dès lors l'usage de constituer des *cognitores*, qui exigeait des formes et des paroles solennelles, tomba en désuétude dans la pratique. Il n'existait plus sous Justinien, et dans les fragments des anciens jurisconsultes insérés au Digeste de cet empereur, partout où se trouvait le nom de *cognitor* a été substitué celui de *procurator*.

2235. En somme, sous Justinien, il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis* n'est pas obligé de donner caution. Le *procurator absentis*, non plus, n'y est pas obligé autrement que

(1) GAI. Comment. 4. §§ 86 et 87. — (2) VATIC. J. ROM. FRAGM. § 317. — (3) VATICAN. J. R. FRAGM. *De cognitoribus et procurat.* § 317 : « Apud acta facto procuratori hæc satisdatio remitti solet; nam, quum apud acta non nisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est. » On voit par la suite de ce paragraphe qu'il se réfère même au temps de l'empereur Sévère. — § 331 : « Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino, causa cognita, dabitur et in eum judicati actio. » — PAUL. *Sent.* 1. 3. *De procurat.* § 1 : « Mandari potest procuratio præsenti, et nudis verbis, et per litteras, et per nuntium, et apud acta præsidis et magistratus. » — COD. THÉODOS. 2. 12. *De cognit. et procur.* 7. const. Theod. et Valent.— (4) DIG. 5. 1. *De judic.* 56.

le *dominus*, lorsqu'il est nanti d'un mandat constaté publiquement. Le simple *negotiorum gestor*, qui se présente sans mandat, et qu'on nomme *defensor* parce que ce genre d'intervention n'a lieu naturellement que pour défendre une personne attaquée pendant son absence, est seul tenu de donner les cautions *ratam rem dominum habiturum*, ou *judicatum solvi*. Même ce dernier, en faisant ratifier après coup sa gestion, est censé avoir représenté le maître, et c'est pour ou contre celui-ci que se donne l'*actio* ou l'*exceptio judicati*. (App. 9, liv. 3.)

I. Procurator, neque certis verbis, neque præsente adversario, immo plerumque ignorante eo constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, is tuus procurator intelligitur.

1. Le procureur est établi sans paroles solennelles, hors de la présence de l'adversaire et même souvent à son insu, car on regarde comme votre procureur celui que vous avez chargé de poursuivre pour vous, ou de vous défendre.

II. Tutores et curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

2. Nous avons déjà exposé dans le premier livre de quelle manière on établit les tuteurs ou curateurs.

2236. Si le tuteur, en plaidant pour le pupille, a rempli un devoir forcé, l'action *judicati* se donne au pupille ou contre lui; mais s'il a plaidé pour le pupille lorsqu'il aurait pu se contenter de l'autoriser, c'est-à-dire de compléter sa personne dans le procès, l'action *judicati* compète au tuteur et contre lui. Il en est de même, en admettant une distinction analogue, du curateur des mineurs de vingt-cinq ans. Quant au curateur d'un fou, l'action *judicati* compète toujours au curateur et contre lui, parce que jamais aucune action ne peut être donnée contre les fous.

## TITULUS XI.

### DE SATISDATIONIBUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim, si in rem agebatur, *satisdare possessor compellebatur :* ut si victus *nec rem ipsam restitueret nec litis æstimationem ejus*, potestas esset petitori aut *cum eo* agendi, *aut cum fidejussoribus ejus*. Quæ satisdatio appellatur JUDICATUM SOLVI. Unde autem sic appellatur, facile est intelligere; namque stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum. *Multo magis* is qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, *si alieno nomine judicium accipiebat*. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero, si in rem agebat, satisdare jubebatur RATAM REM DOMINUM HABITURUM. *Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur*. Tutores

## TITRE XI.

### DES SATISDATIONS.

Les anciens avaient adopté sur les cautions un système; les nouveaux en ont adopté un autre. Autrefois, dans l'action *in rem, le possesseur devait donner caution* au demandeur, afin que s'il échouait, *et s'il ne rendait pas la chose ou ne payait pas l'estimation du litige*, le demandeur pût agir *contre lui ou ses fidéjusseurs;* on appelait cette caution JUDICATUM SOLVI : il est facile de se rendre raison de cette dénomination, car le demandeur stipulait qu'on lui payerait ce qui aurait été jugé. *A plus forte raison*, celui qui était poursuivi en revendication devait-il donner cette caution, *s'il était défendeur au nom d'autrui*. Quant au demandeur dans la revendication, s'il agissait en son propre nom il ne devait pas donner caution; mais si ce demandeur en revendication était un procureur, il devait donner

**et curatores, eodem modo quo et procuratores, satisdare debere verba edicti faciebant; sed *aliquando his agentibus satisdatio remittebatur*. Hæc ita erant, si in rem agebatur.**

**caution que le maître ratifierait la demande; *car il était à craindre que ce dernier n'intentât ensuite une action pour le même objet*. L'édit voulait que les tuteurs et curateurs donnassent caution comme les procureurs; mais, lorsqu'ils étaient demandeurs, *on les dispensait quelquefois de cette caution*. Tels étaient les principes lorsque l'action était réelle.**

2237. *Satisdare possessor compellebatur*. Si le possesseur ne voulait pas donner la caution *judicatum solvi*, la possession, au moyen d'un interdit dont nous parlerons plus bas, était transférée au demandeur, si celui-ci donnait lui-même la caution refusée par son adversaire (1).

*Si victus nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem*. Le défendeur ayant la possession pendant le litige, il était équitable qu'il garantît la restitution de l'objet ou le payement de la valeur du litige (2).

*Cum eo..... aut cum fidejussoribus*. Le défendeur promettait par stipulation aussi bien que le fidéjusseur (3), de sorte que le demandeur avait contre lui ou contre son fidéjusseur l'action *ex stipulatu*. Il est vrai que le demandeur, après avoir gagné sa cause, avait aussi contre le défendeur l'action *ex judicato;* mais il n'était pas rare, chez les Romains, qu'un créancier cherchât à avoir plusieurs actions pour le même objet, que surtout il préférât l'action *ex stipulatu*.

*Multo magis si alieno nomine judicium accipiebat*. Le *dominus litis* étant obligé de donner caution, à plus forte raison son *procurator* devait-il le faire, puisqu'il existait pour celui-ci une règle applicable aux actions réelles et personnelles, qui se trouve rappelée dans le § 1 de ce titre. Quant au *cognitor,* il ne donnait jamais cette caution; dans les actions réelles, c'était le représenté qui la donnait pour lui (4).

*Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur*. Comme le *procurator* ne s'identifiait pas avec le représenté, et comme, en intentant l'action, il ne liait pas le représenté, celui-ci aurait pu renouveler l'action. Au reste, ce principe ne s'applique pas au *procurator,* dont le mandat est certain depuis qu'il a été mis sur la même ligne que le *cognitor*. Depuis cette égalité établie, il y avait cependant encore une différence entre l'action intentée par le *cognitor* et celle intentée par le *procurator* avec mandat certain; car, dans le premier cas, le droit du représenté était éteint *ipso jure;* tandis que, dans le second cas, il

(1) PAUL. Sent. 1. 11. *De satisdando*. § 1. — VAT. f. 317. — C. 8. 6. — (2) GAI. 4. 89. — CIC. p. P. Quinct. 13. — (3) GAI. 4. 93. — (4) GAI. 4. §§ 101 et 97.

fallait que ce droit d'intenter l'action de nouveau fût paralysé par une exception de dol ou *rei judicatæ* (1).

*Aliquando his agentibus satisdatio remittebatur*. Si les tuteurs ou curateurs étaient défendeurs, il fallait toujours, probablement, qu'ils donnassent caution, à cause de la règle *nemo defensor in aliena re sine satisdatione*.

I. Si vero in personam : ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, *omnimodo satisdaret*, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, JUDICATUM SOLVI satisdare non cogebatur.

1. Dans les actions personnelles, on appliquait au demandeur ce que nous avons dit pour les actions réelles. Quant au défendeur, s'il plaidait pour autrui, *il fallait toujours qu'il donnât caution*, parce que personne ne peut être défendeur pour autrui sans donner caution. Si, au contraire, le défendeur plaidait pour lui-même dans une action personnelle, il n'était pas forcé de donner la caution *judicatum solvi*.

2238. *Omnimodo satisdaret*. Un fragment du Vatican nous apprend que dans le cas où le *procurator* intervenait *ad defendendum*, l'obligation de fournir cette caution n'était pas même remise au *procurator* qui avait été constitué *apud acta*. Si le défendeur était un *cognitor*, c'était le *dominus* qui donnait la caution pour lui (2).

II. Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem *pro litis æstimatione* dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod *in judicio permaneat* usque ad terminum litis; vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel *nudam promissionem*, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

2. Il en est autrement aujourd'hui; car le défendeur, dans l'action réelle comme dans l'action personnelle, quand il plaide pour lui-même, n'est pas obligé de donner caution *pour la valeur du litige*; il est seulement obligé de garantir qu'il se présentera en personne *et qu'il restera en cause* jusqu'à la fin du procès, ou bien l'on s'en rapporte à sa promesse faite avec serment (appelée caution juratoire); ou même, suivant sa qualité, il est obligé ou de donner caution ou *de promettre purement et simplement*.

2239. *Pro litis æstimatione*. Dans l'ancien droit, la caution *judicatum solvi* avait pour but de garantir : 1° l'estimation du litige (*de re judicata*); 2° que le défendeur resterait dans l'instance de manière à se défendre (*de re defendenda*). Il est probable que, déjà avant Justinien, la caution *de re judicata* n'avait plus lieu que pour quelques cas exceptionnels. Depuis cet empereur, elle n'eut plus lieu même dans ces cas exceptionnels; mais le défendeur resta soumis à la caution *de re defendenda* (*pro sua tantum persona*), appelée aussi *cautio judicio sistendi*, qui paraît n'être autre chose que la succession du *vadimonium* du système formulaire.

(1) VAT. FR. 317. — (2) VAT. FR. 317.

*In judicio permaneat.* Cette expression ne se trouve nulle part ailleurs; en effet, cette clause *de re defendenda* ne s'appliquait qu'à ce qui se passait *in jure :* c'était une garantie, donnée par le défendeur, de se présenter devant le préteur. Il n'est pas étonnant que, sous Justinien, lorsque le *jus* et le *judicium* sont confondus, notre texte porte que la caution doit embrasser tout le *judicium.*

*Nudam promissionem.* Cette expression est employée par imitation des *vadimonia pura* dont parle Gaius, Com. 4, § 185.

**III.** Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur : in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando, et *si tutor vel curator,* vel aliæ tales personæ quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, *litem quibusdam per alium inferunt.*

**3.** Mais lorsque c'est un procureur qui plaide, soit comme demandeur, soit comme défendeur : si c'est comme demandeur, qu'il n'y ait pas de mandat insinué, ou que le maître du litige ne se présente pas en personne devant le juge pour confirmer la constitution de son procureur, celui-ci est obligé de donner caution que le maître du litige ratifiera l'action. Il en sera de même si *un tuteur ou un curateur* ou toute autre personne chargée de gouverner les affaires d'autrui *intentent une action par un représentant.*

2240. *Quibusdam si tutor vel curator litem per alium inferunt.* Les tuteurs et curateurs, lorsqu'ils défendent eux-mêmes, ne sont plus obligés de donner caution, sous Justinien ; mais ils peuvent être représentés par une autre personne; cette dernière seulement sera obligée de donner caution si elle n'a pas été établie par un mandat authentique ou par une présentation en justice.

**IV.** Si vero aliquis convenitur : si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per JUDICATUM SOLVI satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus JUDICATUM SOLVI satisdationis clausulis. Ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, *tam ipse quam heredes ejus obligentur : alia insuper cautela,* vel satisdatione, propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur; vel si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

**4.** Si quelqu'un est attaqué et que, se trouvant sur les lieux, il veuille constituer un procureur, il peut venir lui-même devant le juge et donner pour son procureur la caution *judicatum solvi,* par une promesse solennelle; ou s'engager extrajudiciairement, comme fidéjusseur de son procureur, pour toutes les clauses de la caution *judicatum solvi.* Alors il est obligé de donner hypothèque sur ses biens, qu'il ait cautionné soit judiciairement, soit extrajudiciairement, et *cet engagement passe à son héritier.* Il doit, *en outre,* donner caution qu'il se présentera en personne lors de la prononciation de la sentence; et, s'il ne s'y présente pas, son fidéjusseur sera obligé de payer le montant de la condamnation, à moins qu'il n'y ait appel de la sentence.

2241. *Tam ipse quam heredes ejus obligentur.* On ne voit pas trop pourquoi Justinien dit que, dans ce cas, les héritiers du

constituant seront tenus comme le constituant lui-même ; car la même obligation est transmise aux héritiers également quand le constituant s'oblige comme fidéjusseur : cela vient peut-être de ce qu'autrefois on s'engageait, dans le même but, comme *sponsor* ou *fidepromissor,* et qu'alors l'héritier du promettant n'était pas tenu de la promesse de son auteur (1).

*Alia insuper cautela.* Cette nouvelle caution était nécessaire pour que l'action *judicati* fût donnée contre le maître du litige, ce qui n'aurait pas eu lieu si le procureur n'avait pas été établi judiciairement.

**V.** Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere : ita tamen, ut satisdationem JUDICATUM SOLVI pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.

**5.** Mais si le défendeur n'est pas présent, quelle qu'en soit la cause, et qu'une autre personne veuille prendre sa défense, sans distinguer entre les actions réelles et les actions personnelles, elle peut le faire en donnant caution pour le montant du litige ; car, d'après l'ancienne règle que nous avons déjà signalée, personne ne peut défendre la cause d'autrui sans donner caution.

**VI.** Quæ omnia apertius et perfectissime a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

**6.** Tout cela s'apprendra plus facilement et d'une manière plus complète dans la fréquentation des audiences et la pratique des affaires.

**VII.** Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis, et si propter imperitiam forte aliter celebrantur, obtinere censemus, cum necesse est omnes provincias, caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.

**7.** Nous voulons qu'on applique toutes les règles que nous venons de poser, non-seulement dans notre ville royale, mais encore dans toutes les provinces, quoiqu'on y suive d'autres usages par impéritie : en effet il est nécessaire que les provinces se conforment à ce qui est observé dans notre ville royale, capitale de toutes nos cités.

## TITULUS XII.

### DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt ; eas vero quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est

## TITRE XII.

### DES ACTIONS PERPÉTUELLES OU TEMPORAIRES, ET DE CELLES QUI PASSENT AUX HÉRITIERS OU CONTRE LES HÉRITIERS.

C'est ici qu'il faut avertir que les actions qui descendent de la loi, d'un sénatus-consulte ou de constitutions impériales, pouvaient être exercées autrefois à perpétuité ; que seulement des constitutions impériales ont limité leur durée tant pour les actions réelles que pour les actions personnelles. Quant aux actions qui dérivent de la juridiction prétorienne, la plupart d'entre elles ne durent qu'un an ; car l'autorité du préteur n'avait elle-même que cette

(1) GAIUS. 3. 120.

usque ad finem ex constitutionibus introductum : quales sunt eæ quas bonorum possessori, cæterisque qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur : absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

durée. Quelquefois cependant ces actions sont perpétuelles, c'est-à-dire qu'elles durent jusqu'au terme fixé par les constitutions ; telles sont celles qui sont accordées au possesseur des biens et à toutes autres personnes représentant un héritier. L'action de vol manifeste, quoique dérivant de la juridiction prétorienne, est aussi donnée à perpétuité ; car il serait absurde qu'elle ne durât qu'un an.

**2242.** Sous l'empire du système formulaire, il fallait distinguer soigneusement, quant à la durée qu'elle pouvait avoir, entre l'action une fois organisée par le magistrat, c'est-à-dire la formule délivrée par lui ; et l'action à intenter, c'est-à-dire l'action considérée uniquement comme le droit d'agir, comme le droit de recourir au magistrat et de lui demander la délivrance d'une formule. — L'action une fois organisée par la délivrance de la formule devenait, par suite des effets de la *litis contestatio*, un droit acquis, désormais perpétuel et transmissible pour ou contre les héritiers (ci-dessus, n° 2045). Cependant, pour que les instances judiciaires ne fussent pas indéfiniment traînées en longueur, la loi JULIA *judiciaria* leur assigna un terme ; elles devaient être jugées dans le délai de dix-huit mois, passé lequel elles expiraient. Nous savons, en outre, que dans les *judicia imperio continentia* la durée de l'instance n'était pas autre que celle du pouvoir du magistrat qui l'avait organisée. Cette matière a déjà été exposée par nous (ci-dessus, n°s 2003 et suiv.). Ce n'est pas de celle-là qu'il s'agit dans le titre dont nous nous occupons ici. — Le sujet dont traite ce titre, c'est la durée des actions à intenter ; c'est-à-dire le temps pendant lequel le demandeur a le droit d'intenter son action ; non plus aujourd'hui par la demande d'une formule, mais directement par assignation devant l'autorité qui doit juger. En un mot, il s'agit, non pas de l'extinction d'une instance par le laps de temps écoulé sans que la sentence ait été rendue ; mais de l'extinction d'une action par le laps de temps écoulé sans poursuite de la part de celui à qui elle appartient.

**2243.** Sous ce rapport, les actions se distinguaient en actions perpétuelles, dont la durée était illimitée ; et en actions temporaires, qui ne duraient qu'un an. — Étaient perpétuelles les actions civiles, c'est-à-dire fondées sur une loi, sur un sénatus-consulte, sur une constitution, sauf quelques exceptions (1). Étaient temporaires les actions prétoriennes, c'est-à-dire basées seulement sur l'édit du préteur ; sauf aussi plusieurs exceptions, car certaines actions, quoique créées uniquement par le préteur, avaient reçu

(1) Telle était, par exemple, l'action contre les *sponsores* et les *fidepromissores*, qui ne durait que deux ans, d'après la loi FURIA (GAI. Comm. 3. § 121) ; telle était encore l'action *De lege Julia repetundarum*, limitée à un an contre les héritiers (DIG. 48. 11. *De leg. Jul. repetund.* 2. f. Scævol.).

de lui, à l'imitation du droit civil, une durée perpétuelle : telles étaient l'action *furti manifesti*, les actions données au *bonorum possessor*, à l'*emptor bonorum*, l'action Publicienne, et, en général, les actions persécutoires de la chose, selon ce que nous dit le jurisconsulte Paul, d'après Cassius : « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait : ut quæ rei persecutionem habeant, hæc etiam post annum darentur; cæteræ intra annum (1). »

2244. Le motif que donne notre texte pour que les actions prétoriennes aient été limitées à la durée d'un an, savoir, que le pouvoir du préteur lui-même ne dure pas davantage, est bien loin d'être satisfaisant. En effet, il ne s'agit pas ici de la durée d'une instance organisée par le magistrat; mais de la durée d'une action qui est créée par l'édit, et qui dure un an, sous quelque préture qu'elle ait commencé ou qu'elle continue. Une considération bien meilleure, c'est que le préteur, en introduisant par son édit de nouvelles actions, souvent en dehors du droit civil, ou même contrairement à ce droit, ne l'a fait qu'avec ménagement et en limitant leur durée. Du reste, il n'est pas impossible que cette idée, que l'édit lui-même ne devait durer qu'une année, ait exercé son influence et fait choisir ce terme d'un an plutôt que tout autre. Quand le préteur a donné une action persécutoire de la chose, dont le principe était tout d'équité, ou même pénale, mais en adoucissement d'une autre du droit civil, comme dans l'action *furti manifesti*, il a rendu ces actions perpétuelles (2); lorsqu'au contraire il a donné des actions pénales de sa propre invention, ou même des actions persécutoires de la chose, mais contraires au droit civil, comme les actions rescisoires, il en a limité la durée à un an (3).

2245. Sous le Bas-Empire, les règles de cette matière furent complétement changées par les constitutions impériales. Toute action, soit réelle, soit personnelle, dut s'éteindre par trente ans écoulés sans exercice de cette action depuis l'événement qui l'avait fait naître (*ex quo jura competere cœperunt*); sauf quelques cas exceptionnels pour lesquels la durée est portée à quarante ans. Parmi ces derniers cas figure celui de l'action hypothécaire lorsque l'objet hypothéqué est resté dans les mains du débiteur (4). Elle survit ainsi à l'action même de la créance : ce qu'on explique en disant qu'il continue de subsister une obligation naturelle, laquelle suffit pour soutenir le droit d'hypothèque. — Cependant le nom d'actions perpétuelles continue, par souvenir du passé, à être appliqué à ces actions. De telle sorte que sous Justinien cette épithète de *perpétuelle* ne désigne plus que des actions tren-

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et action*. 35. pr. f. Paul. — (2) Gai. Comm. 4. § 111. — (3) Dig. 44. 7. *De oblig. et action*. 35. pr. f. Paul. : « ... Item Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur. » — (4) Cod. 7. 39. *De præscriptione XXX vel XL annorum*.

tenaires, par opposition à celles dont la durée se trouve limitée à un moindre laps de temps.

**1.** Non omnes autem actiones quæ in aliquem *aut ipso jure competunt aut a prætore dantur*, et in heredem æque competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, *ex maleficiis pœnales actiones* in heredem rei non competere : veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur : excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. *Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit*, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, *si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ*, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt.

**1.** Toutes les actions qui sont données contre quelqu'un, ou qui lui compètent *en vertu du droit civil ou du droit prétorien*, ne compètent pas toujours à ses héritiers ou ne sont pas toujours données contre eux; car, d'après une règle constante en droit, *les actions pénales* ne sont point données contre les héritiers du délinquant : telles sont les actions de vol, d'enlèvement de biens par violence, d'injures, de dommage causé à tort. Mais ces mêmes actions compètent aux héritiers de celui à qui elles appartenaient, à l'exception de l'action d'injures et d'autres actions semblables. *Quelquefois l'action qui naît d'un contrat ne compète pas contre l'héritier :* par exemple l'action qui est donnée contre quelqu'un pour un dol commis par lui n'est pas donnée contre son héritier s'il n'a pas profité de ce dol. Quant aux actions pénales dont nous venons de parler, *du moment qu'il y a eu litis contestatio* entre les intéressés principaux, elles passent aussi aux héritiers et contre les héritiers.

2246. *Aut ipso jure competunt, aut a prætore dantur*. Sous le système formulaire, toutes les actions, quant à la délivrance de la formule, étaient données par le préteur; mais les expressions de notre texte se réfèrent à l'origine même des actions, savoir, si elles dérivent du droit civil (*ipso jure*), ou du droit prétorien (*a prætore*).

*Ex maleficiis pœnales actiones*. Les héritiers du délinquant ne sont exposés aux actions pénales qui existaient contre le défunt que jusqu'à concurrence de ce dont le délit de ce dernier les aurait enrichis; car le délinquant seul doit être puni. Ce que dit notre texte ne s'applique pas aux actions pénales en tant qu'elles sont *rei persecutoriæ;* car ces dernières se donnent aussi contre les héritiers du délinquant (1). Mais cela s'applique aux actions mixtes (*pœnæ et rei persequendæ*), qui naissent d'un contrat, parce qu'elles sont aussi pénales (2).

Quant aux actions pénales qui appartenaient activement au défunt, elles passent toutes aux héritiers de celui-ci, excepté l'action d'injures, l'action de testament inofficieux et toutes celles qui sont fondées sur une offense personnelle (3).

---

(1) INST. 4. 1. § 19. — D. 13. 1. 7. § 2. Ulp. — *Ib.* 25. 2. 6. § 4. Paul.— (2) INST. 4. 6. § 17. — D. 16. 3. 1. § 1. Ulp. — *Eod.* 18. Nérat. — (3) D. 47. 10. *De injur.* 13. pr. et 15. § 14. f. Ulp. — *Ib.* 2. 4. 24. Ulp. — *Ib.* 5. 2. 6. § 2. Ulp.; et 7. Paul.

*Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit.* Justinien a copié cette partie de notre texte dans Gaius (1), où la seule exception citée était celle concernant les héritiers de l'adstipulateur, du *sponsor* et du *fidepromissor*. Mais ces sortes d'obligations n'existant plus sous Justinien, la phrase par laquelle cet exemple est remplacé dans notre paragraphe reste dans une grande obscurité, et l'on n'en voit pas bien l'application. En effet, dans les contrats, si le défunt a commis un dol, ses héritiers en sont responsables (2). Il n'y a d'exception que pour le dol commis par le défunt dans un dépôt nécessaire (ci-dessus, n° 2116). A moins qu'on ne suppose que Justinien ait voulu parler des contrats de droit strict, dans lesquels, s'il y a eu dol, l'action naissant du contrat ne comprenant pas ces faits de dol, il faut recourir à l'action *de dolo*, laquelle ne serait pas donnée contre les héritiers, à moins qu'ils n'eussent profité du dol (3).

*Fuerint contestatæ.* Nous savons suffisamment quel était l'effet de la *litis contestatio*, et comment, dès qu'elle avait eu lieu, le droit de l'instance organisée devenait un droit acquis et transmissible aux héritiers (ci-dessus, n° 2045).

**II.** Superest ut admoneamus quod, si ante rem judicatam, is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat : et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.

**2.** Il nous reste à faire remarquer que, si, avant la sentence, le défendeur satisfait le demandeur, le juge doit absoudre le défendeur, quoique dès l'instant de la délivrance de l'action ce dernier fût dans le cas d'être condamné : c'est en ce sens que l'on disait vulgairement jadis que toutes les actions sont absolutoires.

2247. Nous avons suffisamment expliqué l'origine et le sens de la règle exposée ici par notre texte, et le dissentiment qui avait existé à cet égard entre les Sabiniens et les Proculéiens (ci-dessus, n° 2001). C'est l'opinion des Sabiniens qui se trouve consacrée par Justinien.

(1) GAI. 4. 113. — (2) D. 50. 17. 152. § 3. — *Eod.* 157. § 2. Ulp. — D. 44. 7. 49. Paul. — *Eod.* 12. Pomp. — D. 16. 3. 7. § 1. Ulp. — (3) D. 4. 3. 17. § 1. Ulp.

# RÉSUMÉ DU LIVRE QUATRIÈME.

## (TITRE VI A XII.)

---

### *Sens divers du mot* action. — *Divers systèmes successifs de procédure chez les Romains.*

Le mot *action* a diverses significations :

1° Dans le sens propre et naturel (dérivé de *agere*, agir), il signifie le recours, c'est-à-dire l'acte même de recourir à l'autorité pour faire valoir ses droits d'une manière quelconque, soit en demandant, soit en défendant, mais plus particulièrement en demandant.

2° Dans un second sens, par figure de langage, *action* n'est plus l'acte lui-même, c'est le droit de faire cet acte, c'est-à-dire le droit de former ce recours à l'autorité.

3° Enfin, dans un troisième sens, figuré comme le second, ce n'est plus ni l'acte lui-même ni le droit de faire cet acte, c'est le moyen qui vous en est donné, la forme qui est à votre disposition pour exercer le recours.

Ainsi, dans la première signification, l'action est un fait; dans la seconde, un droit; dans la troisième, un moyen, une forme.

Ces trois significations générales sont employées toutes les trois dans le droit romain; mais le mot s'y présente, en outre, avec d'autres acceptions techniques, plus ou moins étroites, qui ont varié suivant les époques et suivant les systèmes divers de procédure.

Ces systèmes sont au nombre de trois.

### PREMIER SYSTÈME : — *Actions de la loi.*

1° Le système des actions de la loi (*legis actiones*), qui ouvre l'histoire du droit romain et remonte aux premières origines nationales.

Son caractère est sacerdotal et patricien; il consiste principalement en pantomimes symboliques à faire et en paroles sacramentelles à prononcer, soit par les plaideurs, soit par le magistrat; il est d'une étroite rigueur, et exclusivement réservé aux citoyens.

Il règne intégralement durant plus de cinq siècles. Cependant, quelques additions ou modifications graduelles l'adoucissent. Les citoyens commencent par y substituer fréquemment, en fait, une pratique imitée des formes suivies à l'égard des pérégrins. Au sixième siècle de Rome, une loi, la loi ÆBUTIA (par conjecture, an de Rome 577 ou 583), sanctionne législativement cette pratique et supprime en majeure partie le système des actions de la loi. Cette suppression est achevée, sous Jules César et sous Auguste, par les deux lois JULIÆ *judiciariæ* (par conjecture, an de Rome 708 et 729), qui organisent plus largement le système suivant. Toutefois, le système primitif se conserve longtemps encore en vestiges, soit réellement, dans quelques cas exceptionnels; soit par fiction, dans quelques emplois simulés. Cette dernière trace n'est effacée

entièrement que par Justinien. — Ainsi, il n'y a pas, du premier système au second, succession immédiate et remplacement radical. Ils se fondent l'un dans l'autre, et les vestiges de l'un s'étendent encore sous le règne de l'autre.

Dans cette expression *legis actiones*, actions de la loi, le mot *action* désigne une sorte de procédure considérée dans son ensemble. Ainsi, quand on dit qu'il y a cinq actions de la loi, les actions *sacramenti*, *per judicis postulationem*, *per condictionem*, *per manus injectionem*, et *per pignoris capionem*, cela veut dire qu'il y a dans ce système cinq sortes de procédures déterminées et sacramentelles, cinq manières différentes d'agir et de procéder selon la diversité des cas.

### Second système : — *Procédure formulaire.*

2° Le système de la procédure par formules, nommé aussi procédure ordinaire (*ordinaria judicia*), qui prend son origine dans ce qui se pratiquait à l'égard des pérégrins, et au moyen duquel on peut dire que la procédure quiritaire s'humanise : de sacerdotale et exclusivement réservée aux citoyens qu'elle était, elle devient prétorienne, et, sauf quelques modifications de détail, applicable à tous.

Son caractère essentiel consiste dans la rédaction d'une formule (*formula*), dont les éléments sont débattus et arrêtés devant le magistrat (*in jure*), et qui, délivrée par celui-ci aux parties, contient la nomination du juge, avec indication à ce juge des points soit de fait, soit de droit, qu'il aura à vérifier, et de la sentence qu'il devra rendre selon le résultat de cette vérification. C'est cette formule qui confère au juge sa mission et qui lui marque l'étendue plus ou moins large de ses pouvoirs. La tournure en est telle, qu'on peut dire, avec quelque exactitude, qu'elle est rédigée comme une sorte de sentence conditionnelle. — A mesure que le système formulaire, en s'appliquant aux citoyens, se développe, on distingue dans les formules diverses parties, qui peuvent s'y rencontrer toutes, ou quelques-unes séparément : les unes, principales (*partes formularum*); et les autres, accessoires (*adjectiones*). Les premières, au nombre de quatre : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio*, et dans trois cas particuliers seulement, l'*adjudicatio*. Parmi les secondes : les prescriptions (*præscriptiones*), les exceptions, répliques, dupliques, etc.

Introduit par la pratique prétorienne, et d'abord à l'occasion seulement des pérégrins; étendu ensuite, de fait, aux procès entre citoyens, à l'aide de divers artifices et de quelques similitudes d'expressions qui paraissent le rattacher aux anciennes actions de la loi et l'en faire dériver; installé législativement par la loi ÆBUTIA, et définitivement organisé par les deux lois JULIÆ *judiciariæ*, ce système reste en vigueur depuis le sixième siècle de Rome jusqu'au onzième, à l'époque de Dioclétien. Il n'est pas remplacé brusquement et tout d'un coup par le troisième et dernier système; mais, envahi progressivement, il se fond en quelque sorte dans ce dernier système, comme en lui-même s'était fondu celui des actions de la loi.

Dans cette procédure, le mot *actio* désigne plus spécialement le droit conféré par le magistrat de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû. Il y a autant d'actions que de droits à poursuivre. — Par figure de langage, on lui fait signifier la *formula*, qui résume et exprime ce droit; ou le *judicium*, c'est-à-dire l'instance judiciaire qui est organisée

par la formule : — de telle sorte que ces trois mots, *actio, formula, judicium,* y sont pris souvent comme synonymes.

Plus particulièrement, *actio* ne s'applique qu'aux poursuites d'obligations, ou, en d'autres termes, aux actions personnelles; et cela par une raison tout historique, c'est que les formules n'ont été employées dans leur principe qu'en matière d'obligations. — Quant aux réclamations de propriété ou autres droits réels, le mot propre est celui de *petitio.* — Enfin, on nomme *persecutio,* le recours devant le magistrat pour qu'il résolve l'affaire lui-même, de sa propre autorité, sans renvoi devant un juge, ce qui s'appelle *extra ordinem cognoscere.* — D'où cette distinction trilogique : *actio, petitio, persecutio,* qui se rencontre presque sacramentellement dans le formulaire de la pratique romaine.

### TROISIÈME SYSTÈME : — *Procédure extraordinaire.*

3° Le système de la procédure extraordinaire (*extraordinaria judicia*), qui est le dernier, et le seul existant sous Justinien.

Son caractère essentiel consiste en ce qu'il n'y a plus de distinction entre le magistrat et le juge; plus de pantomimes et de paroles sacramentelles comme dans les actions de la loi; plus de rédaction et de délivrance d'une formule, comme dans la procédure formulaire. Les parties s'assignent directement devant l'autorité compétente, et c'est cette autorité qui, réunissant les fonctions de magistrat et de juge, rend la sentence.

Ce procédé, employé uniquement comme exception, dans certains cas, sous la procédure formulaire, et qualifié à cause de cela d'extraordinaire (*extra ordinem cognitio*), envahit de plus en plus les affaires, à mesure que le régime impérial se développe et tourne de plus en plus au pouvoir absolu. Une constitution de Dioclétien (an de Rome 1047, 294 de J. C.) en fait la règle commune pour les provinces; cette règle est généralisée ensuite pour tout l'empire; quelques traces du système auquel elle se substitue sont conservées d'abord en apparence et nominalement, mais elles sont ensuite complétement effacées. De telle sorte que Justinien, pour caractériser le changement qui s'est opéré, n'a plus qu'à dire : « Aujourd'hui toutes les instances sont extraordinaires : *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia.* »

Les Instituts de cet empereur, laissant de côté tout ce qui concerne la forme, n'envisagent les actions que comme le droit même d'agir, et ne les traitent que sous ce point de vue.

A cette époque et sous ce régime de procédure, l'action considérée ainsi comme un droit, dans sa signification la plus générale, n'est autre chose que la faculté que nous avons directement et sans concession spéciale de poursuivre devant l'autorité judiciaire ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. C'est donc à tort que Justinien emprunte aux jurisconsultes du temps des formules, une définition qui n'est plus exacte à son époque.

### *Différentes divisions des actions.*

Pour les actions, comme pour toutes choses, on peut faire un grand nombre de divisions ou classifications différentes, selon les différents points de vue sous lesquels on les envisage. Les principales de ces divisions, à l'époque de la procédure extraordinaire, sont les suivantes.

PREMIÈRE DIVISION : *Actions réelles* (in rem), *et actions personnelles* (in personam). — *Actions préjudicielles.* — *Actions qui semblent mixtes tant* in rem *que* in personam.

La division des actions en actions réelles et actions personnelles est une division essentielle et fondamentale, qui est commune à tous les systèmes de procédure chez les Romains, et qui doit se retrouver en tout temps, dans toute législation. — Elle est déduite de la nature des droits que les actions tendent à faire valoir. — L'action réelle est celle qui tend à la réclamation d'un droit réel; l'action personnelle celle qui tend à l'exécution d'une obligation; ou, si l'on veut plus de développement, l'action réelle est celle par laquelle le demandeur soutient qu'il a, abstraction faite de toute autre personne, la faculté de disposer ou de tirer un profit plus ou moins large d'une chose corporelle ou incorporelle. L'action personnelle est celle par laquelle le demandeur soutient que le défendeur est obligé envers lui, et poursuit l'exécution de cette obligation.

Le nom d'action *in rem* et d'action *in personam* leur vient du système formulaire. Parce que l'*intentio* de la formule qui énonce le droit prétendu dans les unes est conçue généralement, sans désignation de personne, ce que les Romains expriment en disant qu'elle est conçue *in rem*. Tandis que dans les autres, l'*intentio*, pour énoncer le droit, doit forcément contenir le nom de la personne prétendue obligée; elle est rédigée individuellement, par rapport seulement à cette personne : ce que les Romains expriment en disant qu'elle est conçue *in personam*.

Ainsi, en résumé, les actions *in rem* et les actions *in personam* tirent de la nature même du droit leur division, et de la rédaction de la formule leur dénomination. Cependant, au fond, c'est la nature du droit qui domine.

L'action *in rem* s'applique à toutes les variétés de droits réels : à la propriété, le plus étendu de tous; à ses divers démembrements, ou droits d'usufruit, de servitude, d'emphytéose, de superficie; aux droits de gage ou d'hypothèque; comme aussi à ceux de liberté, d'ingénuité, de paternité, et autres de cette nature, relatifs à l'état des personnes.

Quand elle a pour objet la réclamation de la propriété d'une chose corporelle, elle porte le nom spécial de *rei vindicatio*, qui dérive du système des actions de la loi.

Quand elle a pour objet la réclamation d'un droit d'usufruit ou de toute autre servitude, elle se distingue en deux sortes, et prend pour chacune d'elles une dénomination particulière : *actio confessoria*, lorsque le demandeur soutient avoir un droit de servitude sur une chose appartenant à autrui; *actio negatoria* ou *negativa*, lorsque le propriétaire d'une chose soutient qu'un droit de servitude auquel prétend son adversaire n'existe pas. — Pour la propriété pleine et entière, une formule négative dans laquelle on se bornerait à nier que l'adversaire fût propriétaire serait ridicule et n'aboutirait à rien. S'il en est autrement pour les servitudes, c'est parce que, au fond, à leur égard, la formule négatoire revient à une véritable affirmation de droit. — L'action confessoire et l'action négatoire ont cela de particulier qu'elles peuvent être exercées même par celui qui est en quasi-possession du droit réclamé, sur le seul motif qu'il serait troublé ou menacé dans sa jouissance, ou qu'il aurait crainte de l'être.

Quand l'action *in rem* a pour objet la réclamation d'une qualité ou d'un droit relatif à l'état des personnes, tels que ceux de liberté, d'ingénuité, de paternité, etc., elle prend un caractère spécial et le nom d'action préjudicielle (*præjudicialis actio*). Sous le système formulaire, l'action préjudicielle avait cela de particulier que sa formule ne contenait pas de condamnation, le juge n'avait pas à condamner ou à absoudre le défendeur, mais seulement à reconnaître et à déclarer, par sa sentence, l'existence soit d'un fait, soit d'un droit, qui devenait dès lors judiciairement constant, et dont les parties tireraient, plus tard, au besoin, toutes les conséquences légales. Ce qui se réfère à la rédaction de la formule a disparu sous Justinien; mais à part cette rédaction, qui n'a plus lieu, le caractère de l'action reste le même.

A cette division des actions réelles (*in rem*) et des actions personnelles (*in personam*), les Instituts de Justinien ajoutent comme formant un troisième terme, des actions qui semblent être mixtes en ce sens qu'elles seraient tant *in rem* que *in personam;* savoir : les actions en partage d'hérédité (*familiæ erciscundæ*), en partage d'une chose commune (*communi dividundo*), et en règlement des limites (*finium regundorum*). — Sous le rapport du droit, comme poursuivant l'exécution d'une obligation créée *quasi ex contractu* entre cohéritiers ou copropriétaires ou entre voisins, ces actions sont personnelles (*in personam*), c'est ainsi qu'elles sont qualifiées même dans les textes de Justinien. Sous le rapport de la forme, au temps du système formulaire, il était absolument impossible que l'*intentio* de la formule fût conçue à la fois généralement (*in rem*) et individuellement contre telle personne (*in personam*), et par conséquent qu'il existât des actions tant *in rem* que *in personam*. Comment donc ont-elles pu recevoir cette qualification? — L'idée qui aurait conduit à les qualifier ainsi, suivant quelques interprètes, c'est que ce sont les trois seules actions dans lesquelles il puisse y avoir à la fois et *adjudication* et *condamnation;* c'est-à-dire attribution en tout ou en partie de la propriété des choses, et prestation de la part des personnes. Nous n'admettons pas cette explication, par le motif que, même en ce sens, l'expression *in rem* n'est pas exacte si on veut la prendre dans sa signification technique; car le résultat d'une action *in rem* est la reconnaissance d'une propriété préexistante; tandis que l'adjudication que contiennent les trois actions dont il s'agit est l'attribution d'une propriété nouvelle, créée par la sentence même. — Il faut voir, plus simplement, dans la dénomination d'actions *tam in rem quam in personam,* cette idée, que celui qui intente ces actions se fonde sur un double droit : d'abord sur un droit réel d'hérédité ou de propriété, et, par suite, sur un droit d'obligation qui en découle : c'est de cette obligation, il est vrai, qu'il poursuit l'exécution : voilà pourquoi on qualifie ces actions d'*actiones in personam;* mais, par la force des choses, presque toujours dans l'action *finium regundorum,* et souvent aussi dans les actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo,* le juge, bien que sa mission essentielle soit de statuer sur la question d'obligation, est amené ou est autorisé à statuer en même temps sur celle de droit réel. Cela se passait déjà ainsi sous le système formulaire; à plus forte raison au temps de Justinien, où le formalisme de la rédaction des formules est mis en oubli.

### SECONDE DIVISION : *Actions civiles; actions prétoriennes.*

Cette division des actions se tire de l'autorité qui les a établies. C'est la division, partout existante dans la législation romaine, entre le droit civil et le droit prétorien : appliquée aux personnes, à la propriété, aux successions, aux obligations, on la retrouve encore au sujet des actions. — L'action civile est celle qui est fondée sur une loi, un sénatus-consulte, une constitution ou toute autre source du droit civil. L'action prétorienne, celle qui n'a été introduite que par l'édit du préteur. — Au temps du système formulaire, les deux procédés principaux employés par les préteurs pour investir d'actions des cas non sanctionnés par le droit civil avaient été soit de construire la formule sur une hypothèse fictive (*fictitiæ actiones*), soit, plus fréquemment encore, de la rédiger *in factum*, c'est-à-dire avec une *intentio* qui posait la question au juge, non pas comme une question de droit, mais comme une question de fait (*actiones in factum conceptæ*). Quoiqu'il ne soit plus question, sous Justinien, de pareilles rédactions, cependant elles ont laissé leurs traces dans la définition et dans l'exposé des diverses actions prétoriennes.

Le préteur a ainsi créé soit des actions *in rem*, soit des actions *in personam*.

Parmi les actions *in rem* prétoriennes se comptent principalement :

Comme actions fictices, l'action Publicienne, la *rei vindicatio* ou la Publicienne *rescisoires*, et l'action Paulienne, construites, la première (*Publiciana actio*) sur l'hypothèse fictive qu'une usucapion qui n'avait pas été accomplie l'avait été; les deux suivantes (*rei vindicatio* et *Publicienne rescisoires*), sur l'hypothèse inverse, c'est-à-dire l'hypothèse qu'une usucapion qui avait été accomplie ne l'avait pas été; et la troisième (*Pauliana in rem*, également *rescisoria*), sur l'hypothèse fictive qu'une aliénation qui avait été faite par le débiteur en fraude de ses créanciers n'avait pas eu lieu. — Il ne faut pas confondre avec cette dernière une autre action *Pauliana*, qui est personnelle (*in personam*), venue plus tard, et qui, quoique tendant vers un but analogue, en diffère néanmoins essentiellement.

Comme actions rédigées *in factum* : l'action *Serviana*, donnée au locateur d'un fonds rural, pour poursuivre contre tout tiers détenteur l'exercice de son droit de gage, sur les choses expressément engagées par le fermier pour sûreté du payement des fermages; — et l'action *quasi-Serviana*, ou *hypothecaria*, pour la poursuite de tout autre droit de gage ou d'hypothèque.

Parmi les actions prétoriennes *in personam*, on peut citer : l'action *de pecunia constituta*, dans laquelle Justinien a fondu l'ancienne action civile *receptitia*; les actions *de peculio*, *de jurejurando*; les actions pénales contre l'altération de l'album (*de albo corrupto*), contre la *vocatio in jus* d'un ascendant ou d'un patron sans autorisation préalable, contre les violences ou autres obstacles apportés à l'exercice d'une *vocatio in jus*, et autres en grand nombre.

### TROISIÈME DIVISION : *Actions persécutoires de la chose; actions persécutoires d'une peine, ou pénales; actions persécutoires tout à la fois de la chose et d'une peine, ou mixtes.*

Cette division des actions est déduite du but vers lequel l'action est dirigée, ou plutôt de la nature du profit que le demandeur doit en retirer.

— La peine dont il s'agit ici n'est pas une peine publique, réclamée et infligée au nom de la société. Ces actions pénales ne sont que des actions de droit privé, mais qui contiennent, à titre de peine privée, et au profit du demandeur, une condamnation pécuniaire en sus de ce qui lui est dû comme restitution ou comme réparation du préjudice par lui éprouvé.

Au nombre des actions persécutoires de la chose (*rei persequendæ causa*) sont toutes les actions *in rem*, et presque toutes celles qui dérivent des contrats. Dans le cas de dépôt nécessaire, toutefois, l'action n'a pas toujours ce caractère.

Sont persécutoires d'une peine (*pœnæ persequendæ causa*) plusieurs des actions qui naissent des délits : telles que l'action de vol manifeste ou non manifeste.

Enfin sont mixtes (*tam pœnæ quam rei persequendæ causa*) d'autres actions naissant des délits : comme l'action *vi bonorum raptorum*, et celle *ex lege Aquilia*. — L'action de dépôt nécessaire, quand elle est dirigée contre celui même qui a reçu le dépôt ou contre son héritier personnellement coupable de dol, est aussi mixte, parce qu'elle se donne au double. Il en est de même de l'action contre ceux qui attendent d'être appelés devant le juge pour délivrer aux saintes églises ou autres lieux vénérables les choses qui leur ont été laissées à titre de legs ou de fidéicommis; car elle est également donnée au double.

### QUATRIÈME DIVISION : *Actions au simple, au double, au triple, ou au quadruple.*

Les actions, dans cette quatrième division, sont envisagées sous un rapport arithmétique entre le montant de la condamnation et un terme d'intérêt qui sert d'unité, et que, dans certains cas, il s'agit de doubler, de tripler ou de quadrupler. Ce terme d'unité, au fond, est la valeur réelle de la chose; c'est-à-dire l'intérêt véritable auquel a droit le demandeur. Sous le système formulaire, il est probable qu'il fallait le prendre tel qu'il était formulé dans l'*intentio*, et que le rapport s'établissait entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

Sont au simple, par exemple, les actions découlant de la stipulation, du *mutuum*, de la vente, du louage, du mandat, et autres encore.

Sont au double, immédiatement et par elles-mêmes, les actions *furti nec manifesti et servi corrupti*; — sont au double, mais seulement en cas de dénégation, l'action *ex lege Aquilia*, celle du dépôt nécessaire; et même en cas de simple retard dans la délivrance, l'action *ex legato quod venerabilibus locis relictum est*.

Est au triple la *condictio ex lege* donnée par Justinien, contre ceux qui, dans le *libellus conventionis*, espèce d'acte d'assignation, ont exagéré leur demande.

Sont au quadruple les actions *furti manifesti*, *quod metus causa*; celle relative aux sommes payées pour susciter un procès par chicane, ou reçues pour abandonner un pareil procès; et la *condictio ex lege* donnée par Justinien contre les *executores litium* (sortes d'huissiers), qui auraient exigé des défendeurs plus qu'ils ne doivent.

CINQUIÈME DIVISION : *Actions de bonne foi, actions de droit strict, actions arbitraires.*

Cette division a été déduite, sous le système formulaire, de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés au juge par la formule.

L'action de droit strict (*stricti juris*) est celle dans laquelle la formule pose au juge une question de droit civil dans laquelle il est strictement renfermé, sans pouvoir prendre en considération aucune circonstance quelconque d'équité ou de bonne foi, en dehors des principes de ce droit.

L'action de bonne foi (*bonæ fidei*), sous ce système, est celle dans laquelle le juge, au moyen de ces expressions EX FIDE BONA, ou autres équivalentes, est chargé par la formule de condamner ou d'absoudre selon la bonne foi. En conséquence : 1° tout fait de dol de la part de l'une ou de l'autre des parties doit y être pris en considération par le juge; d'où il suit que toute exception déduite d'un principe de bonne foi y est inhérente et comme sous-entendue; 2° tout ce qui est d'usage commun dans les mœurs et dans la coutume doit y être suppléé d'office par le juge; 3° le juge doit y opérer compensation de ce que les parties se doivent réciproquement l'une à l'autre par suite de la même affaire (*ex eadem causa*); 4° les fruits des choses dues, ou les intérêts s'il s'agit de sommes d'argent, y sont mis à la charge du débiteur à partir de sa seule demeure.

Enfin l'action arbitraire (*actio* ou *formula arbitraria*) est celle dans laquelle le juge, au moyen de ces expressions NISI RESTITUAT ou autres semblables, reçoit par la formule le pouvoir de rendre, avant sa sentence, un ordre préalable (*jussus* ou *arbitrium*), par lequel, appréciant *ex æquo et bono* la restitution, ou plus généralement la satisfaction due au demandeur, il enjoint au défendeur de faire cette restitution, ou de donner cette satisfaction : de telle sorte que si le défendeur obéit, et que cet ordre soit exécuté par lui de gré ou de force (*manu militari*), il est absous; sinon, il est condamné à une somme déterminée par l'appréciation du juge, ou, le plus souvent, par le serment du demandeur.

Sous Justinien, ce qui tient à la rédaction de la formule n'existe plus; mais les principes restent les mêmes.

En règle générale, les actions civiles sont de droit strict.

Les actions de bonne foi sont l'exception : aussi, pour les indiquer, procède-t-on par énumération. Justinien cite comme telles à son époque : Les actions de trois contrats réels : *commodati, depositi, pigneratitia;* — Celles des quatre contrats consensuels, *ex empto vendito, locato conducto, pro socio, mandati;* — Celles de quatre quasi-contrats, dont deux analogues au mandat, *negotiorum gestorum, tutelæ,* et deux analogues à la société *familiæ erciscundæ, communi dividundo;* — L'action *præscriptis verbis* provenant de l'échange (*ex permutatione*), et du contrat estimatoire (*de estimato*), ce que nous croyons devoir être généralisé et étendu à tous les cas de l'action *præscriptis verbis;* — Parmi les actions réelles, l'*hereditatis petitio,* que Justinien, pour résoudre les doutes soulevés à ce sujet, décide devoir être rangée parmi les actions de bonne foi; — Enfin l'action *ex stipulatu* en restitution de la dot, dans laquelle Justinien fond l'ancienne action *rei uxoriæ* supprimée par lui, et à laquelle, contrairement aux principes ordinaires de la stipulation, il attribue le caractère d'action de bonne foi qu'avait l'action *rei uxoriæ.* — Les actions naissant d'une stipulation peuvent aussi,

par exception, prendre la forme et les principaux caractères des actions de bonne foi, lorsqu'il s'agit de stipulations dans lesquelles les parties avaient ajouté expressément ce que les Romains appelaient *doli clausula*.

La formule arbitraire forme un genre à part, spécialement propre aux actions *in rem*. Elle était indispensable sous le système formulaire, pour éviter les inconvénients du principe que toute condamnation était pécuniaire. Au moyen de l'ordre préalable de restitution, exécuté, au besoin, *manu militari*, le demandeur était reintégré dans sa chose même, quand cela était possible. En conséquence, sont arbitraires toutes les actions réelles, tant civiles, comme la *rei vindicatio*, les actions *confessoria* et *negatoria*, que prétoriennes, comme les actions *Publiciana*, *Serviana*, *quasi-Serviana*. En outre, parmi les actions personnelles civiles, celles *ad exhibendum* et *finium regundorum*; parmi les actions personnelles prétoriennes, celles *quod metus causa*, et *de dolo malo*, parce que ces quatre actions ont un caractère restitutoire ou exhibitoire; plus l'action *de eo quod certo loco*, qui offre une particularité toute spéciale. C'est une question que de savoir si les actions noxales devenaient toutes arbitraires par cela seul qu'elles prenaient la qualités de noxales.

SIXIÈME DIVISION : *Actions directes et actions indirectes.*

L'action *directe* est celle qui est donnée contre une personne pour les obligations provenant de son propre fait, ou du fait de ceux à qui elle a succédé.

L'action *indirecte* est celle qui est donnée contre une personne à raison des faits d'une autre : principalement de ses esclaves ou de ses fils de famille. — Elle peut s'appliquer aux obligations nées de contrats ou comme de contrats, et à celles nées de délits ou comme de délits.

Pour les obligations résultant de contrats ou comme de contrats, le principe du droit civil est que le chef de famille n'est pas obligé par le fait de ses esclaves ou de ses fils de famille. Mais le droit prétorien a introduit les diverses actions indirectes : *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, *de peculio et de in rem verso*.

On peut dire de la plupart de ces actions, notamment de celles qualifiées *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso*, que ce sont moins des actions proprement dites, que des qualifications, des attributs que peuvent prendre les actions diverses résultant de divers contrats ou quasi-contrats. Ainsi l'action de vente, d'achat, de louage, de société, sera, selon le cas, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso*, quand ces contrats émaneront d'un *institor*, d'un *exercitor*, d'un esclave ou d'un fils de famille.

Pour les obligations résultant des délits ou comme des délits des personnes *alieni juris*, c'est le droit civil lui-même qui a créé le principe des actions qui se donnent contre le chef, et qu'on nomme actions noxales.

SEPTIÈME DIVISION : *Actions noxales; actions* de pauperie.

Une action est appelée noxale, lorsqu'elle laisse à celui contre qui elle est dirigée la faculté de se libérer de l'obligation résultant d'un délit, d'un quasi-délit, ou d'un préjudice qui a été causé, en faisant abandon de la personne qui l'a commis, ou de l'animal qui l'a occasionné.

Les actions noxales dérivent, non du droit prétorien, mais du droit civil; elles sont basées sur cette considération, que le chef de famille doit être obligé au moins jusqu'à concurrence de son droit de propriété sur l'individu auteur du délit ou sur l'animal cause du préjudice.

La condamnation y est modifiée par ces mots « AUT NOXÆ DEDERE, » qui laissent au défendeur l'alternative de payer, ou, s'il aime mieux, de se libérer en faisant l'abandon noxal. Peut-être même l'*intentio* de la formule était-elle modifiée elle-même par cette adjection, NEQUE NOXÆ DEDAT; ce qui aurait rendu toute action noxale arbitraire, du moins en ce sens que la formule aurait donné formellement au juge la mission d'absoudre le défendeur s'il faisait l'abandon avant la sentence.

C'est pour les actions noxales qu'il est éminemment vrai de dire que cette épithète de *noxales* désigne uniquement une qualité, un attribut, dont peuvent être investies les diverses actions nées de délits ou comme de délits : ainsi les actions *furti, vi bonorum raptorum, injuriæ ex lege Aquilia,* et toutes autres semblables, deviennent *noxales* quand elles sont données contre le chef de famille pour le fait de son fils ou de son esclave.

L'action *de pauperie,* qui vient des Douze Tables, et qui se donne contre le propriétaire d'un animal pour réparation du préjudice occasionné par cet animal, est une action particulière, ayant son existence propre; qui, en outre, a la qualité d'être noxale.

### HUITIÈME DIVISION : *Actions perpétuelles* et *actions temporaires.*

Les actions sont considérées ici sous le rapport de leur durée. Il ne s'agit pas de la durée de l'instance une fois que l'action a été intentée, mais de la durée du droit même d'agir, à compter du moment où ce droit est né. Ainsi considérées, les actions sont ou perpétuelles, ou temporaires.

Avant le temps du Bas-Empire, l'expression perpétuelle était prise à la lettre : elle désignait une durée indéfinie. — Étaient perpétuelles, en général et sauf quelques rares exceptions, les actions civiles, c'est-à-dire fondées sur une loi, sur un sénatus-consulte, sur une constitution ou toute autre source du droit civil. — Etaient temporaires, avec une durée limitée communément à un an, la plupart des actions prétoriennes, c'est-à-dire basées seulement sur l'édit du préteur. Cependant le préteur avait aussi créé des actions perpétuelles. La règle suivie par lui en cette matière paraît avoir été celle-ci : il avait limité à un an de durée les actions pénales de sa propre invention, ou les actions persécutoires de la chose, mais contraires au droit civil, telles que les actions rescisoires; tandis qu'il avait rendu perpétuelles celles des actions pénales, telles que l'action *furti manifesti,* et généralement les actions persécutoires de la chose, qui étaient données plutôt par imitation, par adoucissement ou par supplément, que par contradiction du droit civil.

D'après des constitutions du Bas-Empire, toute action, soit réelle, soit personnelle, s'éteint par trente ans de non-exercice; le terme le plus long est celui de quarante ans, pour un petit nombre de cas exceptionnels. Ainsi, sous Justinien, il n'y a véritablement plus d'action perpétuelle; mais cette épithète est conservée pour désigner les actions trentenaires (qui jadis étaient perpétuelles), par opposition à celles dont la durée se trouve limitée à un moindre temps.

NEUVIÈME DIVISION : *Actions transmissibles ou non transmissibles pour ou contre les héritiers.*

L'héritier, continuant la personne juridique du défunt, recueille, en général, toutes ses actions, tant celles qu'avait le défunt que celles qu'on avait contre lui.

Cependant il y a exception pour certains cas dans lesquels le droit du défunt ou son obligation avaient un caractère tout individuel, et étaient comme attachés à sa personne physique elle-même.

Ainsi, pour les actions qu'avait le défunt, celles qui avaient pour but de protéger des droits tout personnels, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation, ne passent pas aux héritiers; non plus que l'action d'injures, l'action de testament inofficieux, et en général celles qui sont l'exercice d'un ressentiment personnel.

Quant aux actions qu'on avait contre le défunt, la criminalité étant exclusivement personnelle à l'auteur du délit, les actions pénales résultant des faits du défunt ne se donnent pas, quant à la poursuite de la peine même privée, contre les héritiers : elle ne se donne contre eux que jusqu'à concurrence de ce dont le délit du défunt les aurait enrichis.

Mais si la *litis contestatio* a eu lieu du vivant du défunt, toute action, soit pour, soit contre lui, est devenue par là un droit acquis, transmissible pour ou contre les héritiers.

*Sentence. — Condamnation.*

La sentence contient ou condamnation, ou absolution du défendeur. — Dans certains cas, ceux des trois actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum,* elle contient ou peut contenir, en outre, adjudication ; et la condamnation a cela de particulier qu'elle peut y être prononcée tant contre l'une que contre l'autre des parties. — Enfin, dans les actions préjudicielles, la sentence ne contient ni condamnation, ni absolution, mais seulement constatation de l'existence ou de la non-existence d'un droit ou d'un fait.

La condamnation, sous le système des actions de la loi, pouvait atteindre directement la chose même objet du litige. — Sous le système formulaire, elle était toujours pécuniaire. — Dans la procédure extraordinaire, et notamment sous Justinien, on revient à ce qui se pratiquait dans les actions de la loi : la condamnation peut porter directement sur la chose même litigieuse ; ainsi elle peut être, soit d'une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*), soit d'une chose (*rei*). — A cette époque le juge peut prononcer des condamnations même contre le demandeur.

*Plus-pétition et autres erreurs dans la demande.*

C'était une conséquence forcée des principes de la procédure formulaire que l'exagération dans la demande, en d'autres termes, la plus-pétition (*pluris petitio*), devait entraîner absolution du défendeur, et par suite déchéance pour le demandeur, soit *ipso jure,* soit *exceptionis ope,* de tout exercice ultérieur de la même action : *causa cadebat,* selon l'expression employée alors.

Il n'en est plus de même sous Justinien. Les effets de la plus-pétition sont moins dangereux pour le demandeur.

On peut demander plus qu'il n'est dû sous quatre rapports : sous

celui de la chose demandée, du temps, du lieu, ou enfin du mode de l'obligation, par exemple, quand elle est alternative et qu'on demande un seul des objets qu'elle embrasse, quand elle est de genre (*generis*) et qu'on demande un objet déterminé (*speciem*). Les Romains expriment ces quatre sortes de plus-pétition par ces quatre mots : *re, tempore, loco, causa.*

D'après une constitution de l'empereur Zénon, le demandeur qui actionne avant le temps (*qui tempore plus petit*) doit subir un délai double du délai primitif, sans pouvoir réclamer les intérêts courus dans l'intervalle, et avec obligation, s'il veut renouveler son action, de rembourser au défendeur tous les frais occasionnés par la première instance.

D'après Justinien, toute autre plus-pétition est réprimée par l'obligation imposée au demandeur de payer au défendeur le triple des dommages que l'exagération de la demande a fait éprouver à celui-ci, notamment le triple de l'excédant de salaire qu'il aura été obligé de donner aux *executores*, ou huissiers.

Les autres erreurs dans la demande, comme la demande en moins, ou la demande d'une chose pour une autre, ne font encourir aucun péril au demandeur, en ce sens qu'elles peuvent être réparées dans l'instance même.

### *Causes qui peuvent diminuer le montant de la condamnation. — Compensation.*

La condamnation peut ne pas être de la totalité de la chose due, par divers motifs :

D'abord, par suite de la compensation, qui est définie par Modestinus: « *Debiti et crediti inter se contributio,* » et dont Pomponius indique en ces termes l'utilité et le fondement raisonnable : « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.* »

Il faut bien distinguer, sous le système formulaire, trois nuances diverses de compensation :

1° La compensation dans les actions de bonne foi, qui a lieu sans intervention du magistrat ni concession spéciale, pour les obligations procédant de la même cause (*ex eadem causa*), même d'objets différents (*ex dispari specie*), et dont l'effet est de donner au juge le pouvoir de ne condamner le défendeur qu'au payement du reliquat;

2° La compensation dans les actions de l'*argentarius,* ou banquier faisant le commerce de l'argent, qui doit être opérée par l'*argentarius* lui-même, qui a lieu pour des obligations procédant de causes diverses (*ex dispari causa*), mais pour des objets de même nature et fongibles (*ex pari specie*), et dont l'effet est de faire déchoir pour cause de plus-pétition l'*argentarius* qui a négligé de la faire lui-même dans sa demande;

3° La compensation dans les actions de droit strict intentées par toutes les personnes, qui n'est introduite dans la formule que sur l'opposition de l'exception de dol. Si le demandeur persévère jusqu'à la *litis contestatio* dans son refus de modifier la formule en conséquence, et que l'exception de dol y soit insérée, il court les risques de cette exception, qui emporte contre lui, ici comme partout ailleurs, déchéance lors-

qu'elle est vérifiée. — Cette compensation a lieu *ex dispari causa*. — La question de savoir s'il faut ou non que ce soit *ex pari specie* est douteuse. Nous croyons à l'affirmative.

Dans les actions arbitraires, il résulte de la nature même de ces actions que le demandeur est encore admis jusqu'à la sentence du juge à faire les payements ou remboursements dont il est tenu envers le défendeur, et à éviter ainsi les effets de l'exception de dol.

Les unes et les autres de ces compensations, une fois admises, ont un effet rétroactif reporté, pour le calcul du reliquat, à l'instant même de la coexistence des deux créances réciproques; mais jamais on ne peut conclure de là qu'elles soient un mode d'extinction des créances, ni qu'elles forment ce que nous appelons aujourd'hui des *compensations légales*.

Le système de la procédure extraordinaire apporte de grands changements aux règles de la compensation, par deux motifs : 1° que le juge a une compétence générale; 2° que les exceptions ou autres modifications jadis usitées n'ont plus besoin d'être insérées dans une formule pour que le juge ait à exercer les pouvoirs qui en résultaient jadis pour lui. — Justinien donne à ce système son dernier développement. Il admet la compensation dans toutes les actions *ex pari* ou *ex dispari causa*, sans le secours d'aucune exception ni modification de la formule; mais il exige que la créance opposée en compensation soit liquide (*liquida*), c'est-à-dire d'un droit certain (*jure aperto*) ou du moins facile à vérifier par le juge. Sa constitution ni les textes de son époque ne disent si la condition *ex pari specie* est nécessaire : pour son époque nous ne le croyons pas. Il veut aussi, par respect pour la fidélité due au dépôt, que la compensation ne puisse avoir lieu dans l'action *depositi*. D'ailleurs, par suite de l'abrogation des formules et des règles sur la déchéance, c'est le juge qui, à défaut du demandeur, opère la compensation et diminue d'autant la condamnation; et il peut, à cette époque, condamner le demandeur, s'il y a lieu.

### *Condamnation* in id quod facere potest, *ou, selon l'expression des commentateurs, Bénéfice de compétence.*

Il est accordé, dans certains cas, au débiteur l'avantage de ne pouvoir être condamné que jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent (*in id quod facere potest*); ce qui, par interprétation de la jurisprudence, emporte l'idée qu'on lui laissera de quoi l'empêcher d'être réduit à un entier dénûment (*ne egeat*).

Dans le système de la procédure formulaire, c'était sous la forme d'une restriction mise à la condamnation, *duntaxat in id quod facere potest* CONDEMNA, que le débiteur faisait valoir cet avantage. Les Romains lui donnaient, en conséquence, le titre d'*exceptio quod facere potest*. Les commentateurs le désignent sous le nom assez barbare de *Bénéfice de compétence*.

Ce bénéfice appartient aux ascendants poursuivis par leur descendant; — aux frères, entre eux; — au patron, à la patronne, à leurs enfants et descendants actionnés par un affranchi; — aux conjoints, entre eux; aux associés agissant l'un contre l'autre par l'action *pro socio*; — au donateur attaqué par le donataire en exécution de sa donation : il y a cela de tout particulier, dans ce cas, que le patrimoine s'y estime en

faisant déduction des dettes du donateur envers d'autres créanciers, afin que le donataire ne profite de la libéralité que dettes payées (*et quidem is solus deducto ære alieno*); à celui qui fait cession des biens, et à quelques autres encore.

---

## TITULUS XIII.

### DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

## TITRE XIII.

### DES EXCEPTIONS.

Après les actions, vient à examiner les exceptions. Elle sont données comme moyen de défense à ceux contre lesquels l'action est dirigée. Souvent, en effet, il arrive que l'action du demandeur, quoique fondée en droit, est inique à l'égard de la personne attaquée.

2248. Nous avons déjà indiqué (nos 1940 et suiv.) quelle a été chez les Romains l'origine, et quelle était la nature des exceptions. Elles ont été une conséquence naturelle de la procédure par formules, et de la division des fonctions judiciaires entre le magistrat disant le droit et le juge jugeant l'affaire. Leur véritable caractère n'existe dans toute son intégrité et ne se comprend bien que dans ce système. Déjà au temps de Justinien ce caractère est dénaturé, parce que la procédure par formules n'est plus en usage. Nous serons donc obligés de nous reporter sans cesse au système des formules, pour bien expliquer les exceptions.

2249. Le magistrat chargé de dire le droit, ou selon l'expression consacrée, chargé de la juridiction, communément le préteur, lorsqu'on lui demande l'action, et, par suite, la formule qui doit la régler avec renvoi devant le juge, peut avoir soit à refuser, soit à accorder cette action. Il doit la refuser si, selon les règles du droit, il n'existe pas d'action, c'est-à-dire si, d'après les règles du droit, les faits allégués, même en les tenant pour vrais, ne constituent pas une obligation, n'engendrent pas une action, ou bien si l'action a cessé d'exister et est éteinte en droit. Cette question de savoir s'il y a action ou non, quoique liée aux faits, est essentiellement une question de droit; c'est le magistrat qui la résout seul. S'il ne donne pas d'action, tout est fini : il n'y a lieu ni à aucune défense, ni à aucune exception; on ne va pas devant le juge.

2250. Au contraire, s'il donne l'action, alors il dresse, il accommode la formule aux parties, et il les renvoie devant le juge : c'est dans ce cas que les exceptions peuvent être nécessaires. En effet, nous savons que le juge est obligé de se renfermer dans le cercle plus ou moins étroit que lui a tracé la formule. Nous savons que la prétention du demandeur, qui est le fondement de l'action, se trouve résumée dans cette partie de la formule qu'on nomme *intentio;* et que le juge est chargé de vérifier si cette *intentio* est fondée, et de condamner ou d'absoudre, selon qu'elle l'est ou ne l'est pas. Si le défendeur ne prétend se défendre que

par la contradiction de l'*intentio*, en déniant qu'elle soit fondée; par exemple, dans l'action personnelle : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, en déniant qu'il doive dix mille sesterces à Aulus Agerius; ou, dans l'action réelle : SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE, en déniant que l'esclave appartienne à Aulus Agerius; il n'y a rien à ajouter de particulier à la formule; cette contestation aura lieu de droit devant le juge, puisqu'il est chargé de vérifier si l'*intentio* est fondée ou non, et de prononcer en conséquence.

Mais il peut se faire que le préteur ait dû donner l'action, parce qu'elle existait selon le droit civil; que l'*intentio* soit fondée en droit strict; que la condamnation dût en être la conséquence; et que cependant, à cause de quelque circonstance particulière alléguée par le défendeur, cette condamnation, si elle avait lieu, dût être inique, contraire à l'équité : par exemple, si le défendeur prétend que sa promesse ou que l'acte d'aliénation lui a été surpris par dol ou arraché par violence; ou contraire à quelque règle établie soit par quelque loi, par quelque sénatus-consulte, par quelque constitution impériale, qui auront procédé, non pas en abrogeant le droit civil antérieur, mais en y faisant exception; soit par le préteur, ou par la jurisprudence : par exemple, quand il y a déjà chose jugée en un cas où le droit primitif n'est pas éteint *ipso jure* par la sentence.

2251. S'il fût entré dans l'office du juge de recevoir l'allégation de pareils faits, de les apprécier et de les prendre en considération, il n'y eût eu pour le préteur aucune nécessité de rien ajouter de particulier à cet égard dans la formule; mais il n'en était pas ainsi. Dans la plupart des actions, la formule, si rien n'y avait été ajouté, n'aurait laissé au juge d'autre mission que de vérifier l'*intentio*; et, si elle était fondée en droit, de condamner, sans pouvoir s'occuper d'aucune autre allégation d'équité. En conséquence, le défendeur, pour faire attribuer au juge des pouvoirs suffisants, lors du débat devant le préteur relativement à l'action et à la formule, présentait son allégation à ce magistrat lui-même, afin qu'il l'insérât dans la formule de manière à donner au juge ordre de l'examiner et d'y avoir égard. C'était au préteur à décider s'il y avait lieu ou non d'accorder au défendeur ce moyen de défense; et s'il trouvait qu'il y eût lieu, il le faisait dans la formule sous la forme d'exception, c'est-à-dire en exceptant soit de la prétention énoncée dans l'*intentio*, soit de la condamnation à prononcer, le cas où il y aurait eu, par exemple, dol, violence ou tout autre fait allégué par le défendeur. Ainsi, l'exception était véritablement, et dans toute la propriété étymologique du terme, une exception, une restriction mise par le préteur soit à l'*intentio*, soit à la *condemnatio* (1).

(1) « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio..... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. » (DIG. 44. 1. 2. pr. f. Ulp.)

2252. Nous avons déjà expliqué (n°° 1645 et 1946) comment elle portait tantôt sur l'une et tantôt sur l'autre de ces parties de la formule; et comment ces dernières, dont la rédaction était alors bien différente, pouvaient être conçues de manière à faire restreindre seulement le montant de la condamnation : « Exceptio, nous dit le jurisconsulte Paul, est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem (1). » Il importe de ne pas confondre l'une avec l'autre.

2253. Toutes les exceptions, nous dit Gaius, sont conçues en forme négative, parce que le défendeur affirme le fait qui sert de fondement à l'exception, et que la condamnation ne doit avoir lieu que si ce fait *n'est pas vrai.* « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia affirmat is cum quo agitur (2). » Par la raison inverse, l'*intentio* est toujours conçue en forme affirmative, parce que le demandeur affirme le fait qui y sert de fondement, et que la condamnation ne doit avoir lieu que si ce fait *est vrai.* Ainsi, le demandeur, Aulus Agerius, affirmant que le défendeur, Numerius Negidius, lui doit par stipulation dix mille sesterces, et celui-ci opposant qu'il y a eu dol dans l'affaire, l'*intentio* sera ainsi conçue affirmativement : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE : et ensuite l'exception négativement conçue : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT (s'il n'y a eu et s'il n'y a aucun fait de dol de la part d'Aulus Agerius), CONDEMNA, etc.

On voit par là, comme nous le dit encore Gaius, que toute exception est insérée dans la formule sur l'allégation du défendeur, pour rendre la condamnation conditionnelle : « Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem (3) », en ce sens que la condamnation ne doit avoir lieu que si le fait sur lequel repose l'exception n'est pas justifié.

Cependant, malgré ces expressions absolues, *omnes exceptiones,* ou autres semblables qui se rencontrent quelquefois, tout cela n'est vrai que pour les exceptions de la première classe, et non pour celles dont l'effet est de faire restreindre seulement le montant de la condamnation. C'est parce que les premières sont de beaucoup les plus générales, celles qu'on peut appeler les exceptions proprement dites, que souvent les jurisconsultes font abstraction des autres.

2254. La formule étant ainsi posée, nous voyons quel est l'office du juge. Il ne doit condamner que si, avant tout, les faits sur lesquels repose l'*intentio* sont prouvés. C'est le demandeur qui affirme ces faits, c'est à lui à en fournir d'abord la preuve; car la circonstance que le défendeur a fait insérer dans la formule une exception n'est pas un acquiescement à l'*intentio.* « Non

(1) DIG. 44. 1. 22. pr. f. Paul. — (2) GAI. 4. 119. — (3) *Ibid.*

utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur (1). » — Si le demandeur ne prouve pas son *intentio*, le défendeur n'a besoin d'aucune autre défense : la condamnation n'aura pas lieu (2). — Mais si l'*intentio* est prouvée, alors on arrive aux débats de l'exception (3). Le juge ne doit condamner que si les faits sur lesquels repose l'exception ne sont pas justifiés; c'est le défendeur qui affirme ces faits, c'est à lui à les prouver : « Qui excipit probare debet quod excipitur, » dit Celse (4). Et Ulpien énonce le même principe sous une autre forme plus élégante : « *Reus in exceptione actor est* (5), » le défendeur, dans son exception, devient demandeur.

2255. En résumé, nous voyons que, de même que le magistrat disant le droit (*jurisdictionem habens*) accommode l'action au demandeur, de même il accommode l'exception au défendeur;

Que, de même que le juge est chargé par la formule de vérifier si l'action du demandeur est fondée ou non, de même il est chargé de vérifier si l'exception du défendeur l'est ou ne l'est pas.

Ainsi, le magistrat décide s'il y a lieu, en droit, de donner ou de refuser l'action ou l'exception, sans rien préjuger sur leur mérite. Le juge vérifie si elles sont justifiées ou non. Le premier règle l'affaire en droit, le second la juge.

2256. Nous voyons encore que la nécessité d'insérer dans la formule, sous forme d'exception à la prétention énoncée dans l'*intentio*, certains faits allégués par le défendeur, vient de ce que sans cela le juge n'aurait pas le droit de s'en occuper et d'y avoir égard. Par conséquent, si la nature de l'action est telle que, par elle-même, elle donne au juge pouvoir suffisant de prendre certains faits en considération, il est inutile d'insérer ces faits en exception dans la formule. C'est ce qui a lieu dans le cas des actions de bonne foi, comme nous l'avons expliqué ci-dessus. Le juge étant spécialement chargé par la formule de ces actions d'examiner si l'*intentio* est fondée EX BONA FIDE, c'est-à-dire non pas selon le droit strict, mais selon la bonne foi, il a, par cela même, mission de prendre en considération les faits qui rendraient la prétention du demandeur contraire à l'équité. Aussi les exceptions de dol, de violence et autres, fondées sur la bonne foi, sont-elles superflues ici, et toujours sous-entendues dans les actions de bonne foi. « Doli exceptio inest de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, » nous dit Ulpien (6). De même Julien, en parlant de l'action de vente, nous dit encore : « Quia hoc judicium fidei bonæ est, continet in se doli mali exceptionem (7). »

---

(1) DIG. 44. 1. 9. f. Marcell. — (2) COD. 8. 36. 9. const. Diocl. et Maxim. — (3) *Ibid.* — (4) DIG. 22. 3. 9. — (5) *Ibid.* 44. 1. 1. — C'est de là que nous vient l'adage vulgaire : *Reus excipiendo fit actor*. — (6) DIG. 24. 3. 21. in fin. — (7) 30. 1. 84. § 5. Voir ci-dessus, n° 1988.

2257. Enfin, dans quels cas tel fait allégué par le défendeur devait-il faire refuser l'action totalement? dans quels cas faire insérer seulement une exception dans la formule? Cela tenait aux principes du droit romain sur la manière dont les droits réels et les obligations prenaient naissance ou s'éteignaient : principes que nous avons déjà exposés ci-dessus. Cela venait surtout de ce qu'en droit strict certains faits étaient considérés comme n'ayant pas le pouvoir d'éteindre l'obligation, et par suite l'action; tandis que le préteur, afin de corriger cette rigueur civile, voulait, tout en donnant l'action, qu'on ne condamnât pas, si ces faits étaient justifiés; ou bien de ce que quelque loi, quelque sénatus-consulte, quelque constitution impériale, tout en laissant subsister en principe le droit civil, y avait apporté une dérogation sous forme d'exception. — Ainsi, que le demandeur sollicite l'action pour un cas de stipulation inutile, le préteur, si le fait de nullité est constant et reconnu, refusera totalement l'action, parce que, dans ce cas, il n'y a, selon le droit, ni obligation, ni, par conséquent, action; et, au besoin, le juge absoudra. Qu'il la sollicite, au contraire, pour une stipulation entachée de dol, elle n'existe pas moins selon le droit; le préteur donnera l'action, mais en mettant l'exception de dol. De même, que le demandeur sollicite l'action pour une stipulation au sujet de laquelle il y a eu acceptilation, le préteur, si le fait de l'acceptilation est constant, refusera l'action, parce que, selon le droit civil, l'acceptilation l'a éteinte complétement; et, au besoin, le juge absoudra. Au contraire, qu'il y ait eu simplement un pacte par lequel le créancier a fait, sans solennité, remise de la dette, comme en droit l'action de stipulation n'est pas éteinte pour cela, le préteur la donnera, mais il y mettra l'exception du pacte.

2258. Une autre circonstance pouvait rendre nécessaire d'employer la voie d'une exception, même dans certains cas où le fait allégué par le défendeur aurait été de nature à pouvoir faire refuser l'action : c'était lorsqu'il y avait doute et contestation sur ce fait. Mais toujours il faut, en ces sortes de situations, qu'il s'agisse d'un fait qui n'est pas compris dans les règles mêmes du droit civil, et qui n'y apporte qu'une dérogation exceptionnelle. Le préteur, investi du pouvoir de refuser d'autorité l'action quand ce fait était constant, avait le soin, au contraire, en cas de doute, pour ne pas prendre sur lui la charge d'en examiner les preuves, d'en entendre les débats et d'en juger l'existence ou la non-existence, de donner l'action, mais en mettant sous forme d'exception le fait contesté, dont la vérification était ainsi renvoyée au juge. Nous allons en voir un exemple, à l'occasion du serment, dans le § 4 de ce titre. Nous en voyons un autre à l'occasion du bénéfice de division entre plusieurs fidéjusseurs dont l'un ou quelques-uns sont insolvables, circonstance qui fait dénier l'action, ou simplement accorder une exception, selon que l'insolvabilité est reconnue

ou contestée (1), et pareillement dans le cas des sénatus-consultes Macédonien ou Velléien (2) (ci-dess., nos 1411 et 2217).

Il nous reste à parcourir les divers exemples d'exceptions qui sont donnés par le texte.

I. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, *aut errore lapsus*, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse : et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi *exceptio metus causa*, *aut doli mali*, *aut in factum composita*, ad impugnandam actionem.

I. Par exemple, si, forcé par crainte, entraîné par dol, *ou tombé en erreur*, tu as, sur la stipulation de Titius, promis ce que tu ne devais pas promettre, il est évident que, d'après le droit civil, tu es obligé, et l'action par laquelle on soutient que tu dois donner existe valablement; mais ta condamnation serait inique; aussi, pour repousser l'action, on te donne *l'exception de crainte, de dol, ou une exception conçue en fait.*

2259. *Aut errore lapsus.* Il ne s'agit pas d'une erreur sur l'objet même de la stipulation, lorsque l'un a cru stipuler telle chose, et l'autre promettre telle autre; car cette erreur, comme nous l'avons vu (ci-dess., n° 1370, liv. 3, tit. 19, § 23), entraînerait la nullité de la stipulation elle-même, et par conséquent il n'y aurait pas d'action. Il s'agit de toute erreur grave qui aurait déterminé mon consentement, et qui, sans rendre mon obligation nulle en droit civil, la rendrait contraire à l'équité. Les jurisconsultes romains font rentrer ce cas dans celui de dol, parce qu'il y a dol de la part de l'adversaire à avoir induit le promettant en erreur, ou à vouloir profiter de son erreur (3).

2260. *Exceptio metus causa, aut doli mali.* L'*exceptio metus causa* était ainsi conçue : SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST (4). Nous venons de voir (ci-dess., n° 2253) comment était conçue celle de dol : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT. La différence entre ces deux rédactions nous signale déjà une grande différence entre les deux exceptions. L'exception *metus causa* est générale; elle comprend tous les cas de violence, quel que soit l'auteur de la violence. C'est ce qu'exprime Ulpien en disant qu'elle est *in rem scripta,* écrite généralement contre la chose, c'est-à-dire contre la violence même, quel qu'en soit l'auteur (5). L'exception *doli mali,* au contraire, selon les expressions d'Ulpien, n'embrasse que la personne qui a commis le dol, « *personam complectitur ejus qui dolo fecit* »,

(1) Voir ci-dessus, n° 1395, Inst. 3. 20. § 4. — DIG. 46. 1. *De fidejuss.* 28. f. Paul., au sujet de l'exception : « SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT. » Il peut être élevé un doute très-sérieux sur la question de savoir si cette exception était une de celles qui restreignaient seulement le montant de la condamnation, par exemple : *in solidum condemna* « SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT; » ou bien si elle était placée de manière à rendre la condamnation conditionnelle. V. *Ibid.* 26. f. Gai. 27. § 4. f. Ulp. — COD. 8. 41. *De fidejuss.* 10. const. Alex. — (2) DIG. 14. 6. 1. § 1. f. Ulp. — 7. § 4 jusqu'à 8. f. Ulp. — (3) DIG. 44. 4. *De dol. mal. et met. except.* 4. § 3. f. Ulp. — 17. pr. f. Scævol. — (4) *Ibid* 4. f. Ulp. § 33. — (5) *Ibid.*

c'est-à-dire qu'on ne peut l'opposer qu'à l'auteur même du dol. Dans sa personne, bien entendu, sont compris ses héritiers; car, s'agissant non pas de pénalité, mais de persécution de la chose, ils prennent sa place sur ce point, et peuvent avoir à subir l'exception de dol de son chef. Les jurisconsultes romains étendaient même cette règle à tous les successeurs ou ayants cause à titre gratuit : « Proinde ex quacunque alia causa, quæ prope lucrativam habet adquisitionem, quæsisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus in cujus locum successit. » Si le dol ne vient pas de lui ou de quelqu'un dont il soit le successeur ou l'ayant cause à titre gratuit, le demandeur n'a rien à craindre de l'exception (1). La gravité du vice résultant de la violence, acte commis par la force brutale, le plus souvent par des personnes inconnues ou déguisées, a fait admettre cette différence.

Du reste, l'exception de violence n'est qu'une spécialité de l'exception de dol. Celle de dol est générale, tant pour le dol proprement dit que pour la violence, et même pour le cas d'erreur, comme nous l'avons dit ci-dessus; car le mot *dol* s'étend à tout ce qui est contraire à la bonne foi. On pourrait donc, dans le cas de violence, opposer l'exception de dol; Cassius même, au dire d'Ulpien, ne proposait que cette dernière exception. Mais l'exception spéciale de violence prend toute son utilité lorsque la violence n'a pas été commise par l'adversaire même, car, dans ce cas, celle de dol serait inapplicable (2).

Enfin, nous voyons par les termes mêmes de l'exception de dol, *si nihil dolo malo* FACTUM SIT, NEQUE FIAT, qu'elle ne s'applique pas seulement au dol qui aurait été commis par l'adversaire au moment du contrat ou de l'aliénation; mais qu'elle embrasse toute espèce de dol, passé ou présent, qui aurait été commis ou qui serait commis par l'adversaire. C'est ainsi que, si le fait même de demander l'objet en litige était un acte de mauvaise foi, contraire à l'équité, l'exception de dol serait applicable. « Nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose (3). » Nous en avons vu divers exemples (ci-dess., nos 2185 et 2188).

2260 *bis*. Il est des interprètes qui ont pensé, et cette opinion a été ravivée dans ces derniers temps, que l'exception *doli mali* insérée dans une formule de droit strict avait pour effet de transformer cette action en action de bonne foi. Cette opinion se fonde sur une constitution d'Antonin, qui semble le dire textuellement de la réplique de dol : « *Replicatio doli opposita bonæ fidei judicium facit* », et sur un fragment de Papinien, d'où on croit pouvoir le déduire aussi pour l'exception de dol : « *Doli non inutiliter opponetur exceptio; bonæ fidei autem judicio constituto*... etc. (4). » Nous ne saurions admettre cette proposition ni

(1) DIG. 44. 4. 4. f. Ulp. §§ 27 à 31, et 33. — (2) *Ibid*. § 33. — (3) *Ibid*. 2. § 5. f. Ulp. — (4) COD. 8. 36. *De except*. 3. c. Anton. — D. 39. 6. *De mort. caus. donat*. 42. pr. f. Papin.

quant à l'exception ni quant à la réplique de dol. Notez qu'il ne serait plus question ici du cas seulement où l'exception de dol a pour but de faire opérer une compensation, point sur lequel nous nous sommes déjà expliqué ci-dessus, nos 2180 et suivants; il s'agirait d'une règle générale, pour tous les cas d'exception ou de réplique de dol. S'il faut en passer par cette opinion, je déclare ne plus rien comprendre ni à la formule de l'action dans le système formulaire des Romains, ni à la mission du juge, ni à ses attributions, qui lui sont tracées dans cette formule. Il faut effacer tout ce que nous avons appris là-dessus dans les fragments des jurisconsultes romains, presque tous les textes où il est parlé d'exception de dol; toutes les rédactions des diverses parties de la formule et notamment celle de l'exception de dol, qui nous ont été transmises techniquement par Gaius, et effacer aussi cette phrase où Gaius indique d'une manière si précise les effets de l'exception de dol : « Ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur, dolo actoris factum sit (1) »; effacer également ce qu'il a dit de la réplique : « per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis (2) »; et la manière dont nous savons que ces répliques étaient conçues, et ce qu'en dit Ulpien de son côté : « Quæ quidem ideo necessariæ sunt, ut exceptiones excludant (3). » Rien de tout cela n'est conciliable avec le prétendu effet de transformer l'action de droit strict en action de bonne foi. Comment, si un effet aussi prodigieux avait été produit par l'exception ou par la réplique de dol, ni Gaius en traitant spécialement de ces parties de la formule, ni Ulpien, ni les autres jurisconsultes cités au titre spécial du Digeste *de exceptionibus*, n'en auraient-ils dit un seul mot, et auraient-ils au contraire signalé des effets diamétralement opposés, que la seule rédaction de la formule amenait forcément? Comment faire prévaloir sur tout cet ensemble si logique, si bien décrit aujourd'hui, une phrase incidente, en quelque fragment isolé, phrase dont la portée est mal connue ou mal appréciée? Ne serait-ce pas faire prévaloir une incertaine casuistique de détail, sur les parties les plus vigoureusement enchaînées du système romain? Sans doute nous savons que la *clausula doli* pouvait faire rédiger une action provenant d'un contrat de droit strict en action de bonne foi, et nous en avons cité ci-dessus (n° 2149) un exemple tiré de la loi de la Gaule cisalpine : « QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. » Nous sommes même porté à croire que dans certaines circonstances, les parties, dans les débats *in jure*, pouvaient s'entendre de telle façon qu'une action, dont ce n'eût pas été la nature ordinaire, leur fût

(1) GAI. 4. § 119. — (2) *Ibid.* § 126. — (3) D. 44. 1. *De except.* 2. § 1. f. Ulp.

accommodée avec cette transformation; car notre opinion est qu'il était laissé à leur bon accord pour la rédaction de la formule devant le magistrat, plus de latitude qu'on ne se l'imagine ordinairement (ci-dess., nos 2189 et suiv.). Mais alors il n'est plus et il ne peut plus être question dans cette formule ni d'exception ni de réplique de dol; c'est l'*intentio* elle-même qui est changée: le QUIDQUID DARE FACERE OPORTET et le EX FIDE BONA, caractéristiques de l'action de bonne foi, y apparaissent. Laissez au contraire une tout autre *intentio*, avec le SI NIHIL DOLO MALO..., etc., caractéristiques de l'exception ou de la réplique de dol, et sans lesquels ni cette exception ni cette réplique ne peuvent exister, l'enchaînement de la formule vous mène seul et forcément à toute autre conséquence. Contre ces raisons d'ensemble, qui nous paraissent irréfutables, que pourraient les phrases incidentes des deux textes invoqués? Mais ces phrases n'ont pas, suivant nous, la signification qu'on leur donne; nous avons déjà expliqué (ci-dess., n° 2194) celle tirée de Papinien, relative à l'exception de dol. Quant à la constitution d'Antonin, relative à la réplique de dol, qu'on veuille bien la lire en entier, avec le narré des faits auxquels elle se rapporte, on verra que l'empereur n'y veut pas dire autre chose, si ce n'est que la réplique de dol produit ce résultat, que le juge devra, de même que dans les actions de bonne foi, tenir compte, en l'appréciation qu'il doit faire, de ce que réclame l'équité et n'y rien épargner de l'esprit de fraude; la manière dont se termine la phrase l'exprime très-clairement: « Nam replicatio doli mali opposita bonæ fidei judicium facit, *et commentum fraudis repellit.* » Ce qui existe de droit dans les actions de bonne foi, à savoir que les exceptions de dol y sont sous-entendues (*judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem*, ci-dess., n° 1988), l'insertion de ces exceptions ou de ces répliques dans une action de droit strict le produit. L'empereur ne veut pas dire autre chose, et s'il le dit de la réplique, c'est que dans l'affaire dont il s'occupe, cette réplique est la première partie de la formule où il soit question de dol. En outre, par l'effet des exceptions ou répliques de dol, l'appréciation du juge ayant à se porter sur la bonne foi tant du demandeur que du défendeur, il se produit encore en cela quelque chose de semblable à l'examen bilatéral (*ultro citroque*) qui est de droit dans les actions *bonæ fidei*. Mais, bien entendu, cette assimilation, quant à ce qui concerne l'appréciation du dol, a lieu en gardant d'ailleurs les différences qui résultent forcément de la manière dont l'*intentio* de la formule et les autres parties accessoires et finalement la *condemnatio* y sont rédigées; car le juge est nécessairement renfermé dans ce libellé de sa commission.

2261. *Aut in factum composita.* Il ne faut pas croire que ce soit ici un genre spécial d'exception; c'est une forme sous laquelle les exceptions peuvent être conçues. En effet, de même que les

actions peuvent, comme nous l'avons vu ci-dessus (nos 1972 et 1982), être conçues en fait, de même les exceptions. Cela arrive lorsque le préteur formule l'exception en spécifiant un fait précis que le juge n'a plus qu'à vérifier. Ainsi, lorsque le préteur donne l'exception en ces termes : S'il n'y a eu et s'il n'y a aucun fait de dol dans l'affaire, de la part d'Aulus Agerius, cette exception est généralement conçue : le juge n'a pas simplement un fait à vérifier, il a à examiner les diverses circonstances qui pourront être alléguées par le défendeur, et à les apprécier tant en fait qu'en droit, pour juger si elles constituent véritablement un dol. Mais si l'exception est formulée en ces termes : Si Aulus Agerius n'a pas fait croire que le corps pour lequel il a stipulé les dix mille sesterces était en or, tandis qu'il était en airain (1), alors elle est conçue en fait (*in factum composita*). Le juge n'a qu'un fait précis à examiner quant à son existence seulement, sans avoir à l'apprécier dans son caractère de droit, parce que le préteur l'a déjà fait dans la formule; ni à s'occuper d'aucune autre circonstance en dehors de ce fait, parce que la formule ne lui en laisse pas la latitude. — On voit par là que les exceptions de dol ou de violence auraient toujours pu se rédiger en fait. Et réciproquement, Ulpien nous dit que de toutes les exceptions *in factum* aurait pu naître une exception de dol. C'est au défendeur à voir, devant le préteur, quelle exception il lui convenait le mieux de faire insérer dans la formule (2); cependant contre un patron ou contre un ascendant, l'exception de dol ou de violence, ou toute autre portant atteinte à la considération, ne pouvait être employée. Elle devait être conçue simplement en fait (*in factum*), parce qu'alors il n'y avait que l'énonciation du fait, sans qu'il fût caractérisé comme acte de dol ou de violence (3). Il paraît aussi que, dans le cas d'erreur, la formule était le plus généralement conçue en fait, parce que, dit Théophile, l'erreur alléguée y était précisée en forme de narration. Toutefois elle aurait pu être comprise également dans l'exception générale de dol.

2262. Enfin, remarquons le choix de l'exemple dans le texte de notre paragraphe; c'est celui d'une stipulation, c'est-à-dire d'un contrat de droit strict. En effet, dans ce cas, bien qu'il y ait eu violence, dol ou erreur, l'obligation résultant de la stipulation n'en existe pas moins; il y a par conséquent action, et à cause de la nature de cette action, il est de toute nécessité d'y faire insérer l'exception de dol ou de violence, car sans cela le juge n'aurait pas le droit de s'en occuper. S'il s'agissait, au contraire, d'un contrat de bonne foi, il pourrait se faire ou qu'il n'y eût pas même d'action, selon l'étendue du dol, de la violence ou de l'erreur, et selon les objets sur lesquels ces vices du consentement

(1) Dig. 45. 1. 22. f. Paul. — (2) Dig. 44. 4. 2. §§ 4 et 5. — (3) *Ibid.* § 16.

auraient porté (1). Ou du moins, s'il y avait action, les exceptions de dol, de violence, ou en fait, ne seraient nullement nécessaires, parce que la nature de ces actions et les termes mêmes de la formule qui leur est propre emporteraient par eux-mêmes mission au juge de prendre en considération tous les faits, selon l'équité et la bonne foi (2).

**II.** Idem juris est, si quis *quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit*, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est : dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet *per exceptionem pecuniæ non numeratæ* te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coarctavimus.

**2.** Il en est de même si quelqu'un *a stipulé de vous, comme devant vous la prêter, une somme*, et qu'il ne vous l'ait point comptée. En effet, il est certain qu'il peut vous actionner en payement de cette somme, car la stipulation vous tient obligé à donner; mais comme il serait inique de vous condamner à ce titre, on a cru devoir vous donner pour défense l'exception *non numeratæ pecuniæ*, dont la durée, comme nous l'avons dit aux livres précédents, a été restreinte par notre constitution.

2263. *Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit*. Il arrivait fréquemment que, pour plus de solennité et de sûreté dans l'obligation, on faisait intervenir une stipulation dans des contrats qui, par eux-mêmes, auraient pu s'en passer. Ainsi, il pouvait arriver que celui qui consentait à prêter de l'argent eût exigé de l'emprunteur, pour plus de garantie, qu'il s'engageât par stipulation au payement de pareille somme. Notre texte suppose que, la stipulation ayant eu lieu d'abord, le prêt n'a pas été réalisé ensuite, le stipulant n'ayant pas compté à l'emprunteur les espèces qu'il lui avait promises. Dans ce cas, la stipulation n'en existe pas moins, et, par conséquent, l'action qu'elle produit. Il faut donc une exception pour défendre le promettant contre une demande conforme au droit strict, mais inique.

*Per exceptionem pecuniæ non numeratæ*. Le défendeur pouvait avoir, dans le cas dont nous venons de parler, l'exception générale de dol; car il y a bien certainement dol de la part du demandeur (3). Mais on pouvait aussi préciser le fait particulier dont il s'agissait, et formuler l'exception *in factum*. On avait alors l'exception nommée *pecuniæ non numeratæ* (4), qui était, comme on le voit, une exception en fait (*in factum composita*). Mais soit qu'on l'eût conçue en fait, soit qu'on l'eût formulée en l'expression générale de dol, la jurisprudence en était arrivée à donner à cette exception ce privilége tout particulier, que la preuve n'en tombait pas à la charge du défendeur, mais bien à

(1) Comme dans le cas de société, s'il y a eu dol dans le fait même d'association. Dig. 17. 2. 3. § 3. f. Paul. — Dig. 4. 4. 16. § 1. f. Ulp. — Ou, dans le cas de vente, pour un semblable dol. Dig. 4. 3. 7. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 5. 3. 38. f. Paul. — 58. f. Scævol. — Voir ce que nous en avons dit ci-dessus, n° 2256. — (3) Dig. 44. 4. 2. § 3. f. Ulp. — (4) *Ibid*. 4. § 16.

celle du demandeur (1). Il faut se reporter, pour l'explication de cette anomalie, à ce que nous en avons dit en traitant cette matière (ci-dessus, nos 1435 et suiv.).

Ce que le texte dit ici du cas particulier d'une stipulation faite en vue d'un prêt qui n'a pas été réalisé, Ulpien l'applique généralement à toute stipulation semblable qui se trouverait sans cause. Rigoureusement, l'obligation et l'action existent; mais le promettant peut se défendre par l'exception de dol (2).

**III.** Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa, efficax est adversus eum actio qua actor intendit, SI PARET EUM DARE OPORTERE; sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

**3.** En outre, le débiteur qui est convenu par un pacte avec son créancier qu'on ne lui demandera pas de payement n'en reste pas moins obligé, parce que le pacte n'est pas une manière d'éteindre de toute façon les obligations. L'action dans laquelle l'*intentio* du demandeur est : S'IL PARAIT QU'IL DOIVE DONNER, existe donc valablement contre lui; mais, comme il serait inique qu'il fût condamné au mépris du pacte, il a pour se défendre l'exception du pacte.

**2264.** C'est encore ici une exception conçue en fait (*in factum composita*), parce qu'elle est formulée en signalant au juge un fait précis : « SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR », selon les termes que nous rapporte Gaius (3). Nous avons vu que les obligations qui se sont formées par paroles ou par la chose ne peuvent se dissoudre par un simple pacte, et que les actions n'en subsistent pas moins. Par conséquent, l'exception du pacte (*pacti conventi*) y devient nécessaire. Mais elle ne le serait pas s'il s'agissait de dissoudre, *re integra*, un contrat formé par le simple consentement, parce que la convention contraire suffirait pour produire ce résultat. (Ci-dessus, n° 1705.)

Cette exception serait également inutile dans les actions *furti* et *injuriarum*, parce qu'en vertu d'une disposition spéciale des Douze Tables, la transaction éteignait de droit ces actions elles-mêmes (4).

Au lieu de l'exception *pacti conventi*, conçue en fait, on aurait pu également opposer, dans le cas dont nous parlons, l'exception générale de dol (5).

**IV.** Æque si debitor, creditore deferente, juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet : sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur *per exceptionem jurisjurandi*. In

**4.** Pareillement, si le débiteur, le serment lui étant déféré par son créancier, a juré qu'il ne doit rien, il reste toujours obligé; mais comme il serait inique de se plaindre du parjure, il a

(1) COD. 4. 30. 3. const. Anton. — 10. const. Diocl. et Maxim. — (2) DIG. 44. 4. 2. § 3. — (3) GAI. 4. 119. — (4) DIG. 2. 14. 17. § 1. f. Paul. — (5) *Ibid.* 44. 4. 2. § 4. f. Ulp.

Iis quoque actionibus *quibus in rem agitur*, æque necessariæ sunt exceptiones : veluti, si, petitore deferente, possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

pour se défendre l'*exception du serment*. Dans les actions *in rem*, les exceptions sont également nécessaires; par exemple si le possesseur, le serment lui étant déféré par le demandeur, a juré que la chose est sienne, et que, néanmoins, le demandeur en poursuive la vendication. En effet, la prétention de ce dernier fût-elle vraie, c'est-à-dire la chose fût-elle à lui, il serait pourtant inique de condamner le possesseur.

2265. *Per exceptionem jurisjurandi*. Le serment que les parties se défèrent l'une à l'autre, pour vider une contestation, contient, nous dit Paul, une sorte de transaction qui a plus d'autorité encore que la chose jugée : « Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata (1). » C'est, nous dit de son côté Gaius, le moyen le plus expéditif de terminer les procès (2). Le préteur avait inséré dans l'édit, à cet égard, une disposition spéciale, par laquelle il déclarait que, lorsque, le serment ayant été déféré au défendeur, celui-ci aurait juré qu'il ne doit rien, il ne donnerait pas d'action : « Si is cum quo agitur, conditione delata, juraverit : ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo. » Tels étaient, au rapport d'Ulpien, les termes de l'édit (3). Ils énoncent un refus d'action. Cependant il faut distinguer : le serment tantôt empêchait même que l'action ne fût donnée; tantôt il procurait seulement une exception. En effet, si le fait même du serment n'était pas contesté, si les parties en convenaient, ou si, par exemple, il avait été déféré et prêté devant le préteur lui-même, alors ce magistrat refusait l'action. Mais si le fait était contesté entre les parties, le préteur ne prenait pas sur lui la charge de le vérifier; il le mettait en exception, et c'était au juge à éclaircir si le fait était vrai ou non, et à prononcer en conséquence : « Nam postquam juratum est, denegatur actio : aut si controversia erit, id est si ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est (4). » C'est une application de la règle que nous avons exposée ci-dessus (n° 2258) relativement aux cas où la nécessité de recourir à une exception peut avoir lieu.

On voit que l'exception du serment est une exception conçue en fait (*in factum composita*). On aurait pu aussi donner à la place l'exception de pacte, puisque la convention du serment n'est qu'une sorte particulière, une spécialité de pacte (5); ou même, par conséquent, l'exception générale de dol.

Nous avons déjà vu (ci-dessus, n° 2109, Inst. 4. 6. § 11) comment le serment pourrait donner lieu, non pas à une exception,

(1) Dig. 12. 2. 2. — (2) *Ibid.* 1. — (3) *Ibid.* 3. pr. et 7. f. Ulp. — (4) Dig. 12. 2. 9. pr. f. Ulp. — (5) *Ibid.* 25. f. Ulp.

mais à une action, si le résultat du serment avait été favorable au créancier, et que le débiteur en contestât l'existence même.

2266. *Quibus in rem agitur.* Les exemples donnés par le texte, dans ce paragraphe et dans les précédents, sur la nécessité des exceptions de dol ou autres qui n'en sont que des spécialités, sont tous pris dans le cas de stipulation, c'est-à-dire dans le cas d'action de droit strict. Mais la même nécessité existerait dans le cas des actions arbitraires, au nombre desquelles se trouvent les actions réelles, par exemple, l'action en vendication, l'action *ad exhibendum* (1). Il en serait de même pour les actions *in factum*, pour les actions pénales (2). Mais nous avons déjà expliqué (ci-dessus, nos 1988 et 2256) comment ces exceptions seraient superflues dans les actions de bonne foi, parce qu'elles s'y trouvent comprises de droit, par les seuls termes de la formule *ex fide bona*.

V. Item, si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus *obligatio durat*, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

5. De même, si, sur une action réelle ou personnelle contre toi, il y a eu jugement, l'*obligation n'en continue pas moins d'exister*, et l'on peut, en droit strict, poursuivre encore pour le même objet; mais tu dois être garanti par l'exception de la chose jugée.

2267. Les jurisconsultes romains ont consacré cette maxime : « *Res judicata pro veritate accipitur,* » la chose jugée est tenue pour la vérité (3). Mais comment était-elle mise en application? Lorsqu'il y avait eu jugement, toute action sur la même chose était-elle refusée ; ou bien pouvait-on encore recommencer l'action, sauf au défendeur à se défendre par l'exception de la chose jugée? En un mot, la chose jugée produisait-elle un refus complet d'action, ou seulement une exception? On ne peut répondre à ces questions qu'à l'aide de diverses distinctions qui nous paraissent aujourd'hui bien subtiles.

2268. Au temps des actions de la loi, l'action, une fois intentée était épuisée : on ne pouvait plus agir de nouveau pour la même chose ; il n'était donc nullement besoin d'exceptions, qui, d'ailleurs, à cette époque, n'étaient pas encore en usage (3).

Sous l'empire des formules, la chose devint différente. Les exceptions furent introduites alors, et celle *rei judicatæ* devint nécessaire dans plusieurs cas. Pour apprécier cette nécessité, il faut se reporter à ce que nous avons dit (ci-dessus, n° 2046) des effets de la *litis contestatio*.

Il résulte de ce que nous avons exposé à ce sujet qu'il faut faire d'abord une première distinction fondamentale ; celle entre : 1° les actions légitimes (*judicia legitima, judicia quæ legitimo jure consistunt*), et 2° les actions renfermées dans la durée du pouvoir,

(1) Dig. 12. 2. 11. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 3. § 1. f. Ulp. et ci-dessus, nos 2000 et 2002. — (3) Dig. 50. 17. *De regulis juris*. 207. f. Ulp. — (4) Gai. 4. 108.

ou, selon l'expression consacrée, *quæ imperio continentur;* ainsi nommées, parce qu'elles ne conservent de valeur qu'autant que dure le pouvoir (*imperium*) de celui qui les a données. « Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit (1); » et qu'en conséquence elles doivent être jugées avant l'expiration de ce pouvoir; autrement elles expireraient avec lui. — Gaius nous expose cette première distinction dans les Instituts (4. §§ 104 et 105). Il nous apprend que dans les actions *quæ imperio continentur,* soit réelles, soit personnelles, *in factum,* ou toute autre, il ne s'opérait jamais de novation qui éteignît l'obligation de la partie poursuivie et qui la remplaçât par une autre obligation résultant de la *litis contestatio* ou de la sentence (2); cet effet n'étant jamais produit, et l'obligation primitive existant toujours en droit strict, malgré la poursuite ou le résultat de la sentence, le créancier pouvait encore recommencer à agir de nouveau pour la même chose, et, par conséquent, l'exception *rei judicatæ :* « SI EA RES JUDICATA NON SIT (3), » devenait nécessaire pour le repousser. « Si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ, vel in judicium deductæ (4). »

2269. S'il s'agit au contraire d'une action légitime, il faut faire une nouvelle distinction entre : 1° le cas des actions *in personam,* lorsque la formule est conçue *in jus,* et 2° celui des actions ou réelles (*in rem*), ou conçues en fait (*in factum*). — Dans le premier cas, nous avons déjà dit (ci-dessus, n° 2046) que dès la *litis contestatio* il s'opère une novation qui éteint l'obligation personnelle du débiteur actionné, et qui la remplace par une obligation nouvelle, laquelle, à son tour, est éteinte par novation et remplacée par celle qui résulte de la condamnation, de telle sorte qu'on dit du débiteur actionné qu'il est tenu d'abord par son obligation principale, ensuite par la *litis contestatio,* et enfin par la condamnation (5). Les choses étant ainsi, l'obligation principale se trouvant dissoute par le procès, et l'action qu'elle donnait consommée, cette action ne peut plus être intentée de nouveau, et, par conséquent, il n'est aucun besoin de l'exception *rei judicatæ* (6).

Mais il n'en était pas de même dans les actions réelles (*in rem*), ni dans celles conçues en fait (*in factum*), parce que leur nature même, ainsi que nous l'avons expliqué, n° 2046, ne comportait pas la possibilité qu'elles fussent novées par la *litis contestatio,* et remplacées par une obligation purement personnelle. En conséquence, le même droit de propriété, le même fait, aurait pu être plus tard remis en question par une nouvelle action; aussi,

(1) GAI. 4. 105. — (2) *Ibid.* 3. 181. — (3) DIG. 44. 2. 9. § 2. f. Ulp. — (4) GAI. 4. 106 : « Tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summoveri (GAI. 3. 181). » — (5) GAI. 3. 180. — (6) GAI. 4. 107.

dans ce cas, l'exception *rei judicatæ* était-elle nécessaire. Autrement le juge du second procès, renfermé dans sa formule, et chargé seulement de vérifier l'*intentio*, n'aurait pas eu le pouvoir de s'occuper des jugements antérieurs (1).

2270. Du reste, il y a des raisons de penser qu'à la différence des exceptions dont nous avons parlé jusqu'ici, celle *rei judicatæ* n'était pas sous-entendue de plein droit dans les actions de bonne foi, mais qu'elle devait y être formellement insérée : parce que l'autorité de la chose jugée n'est pas un principe d'équité et de bonne foi compris dans l'expression *ex fide bona;* c'est un principe d'ordre social qui protége les bons comme les mauvais jugements, et qui consacre même les iniquités du juge, lorsqu'il n'y a plus moyen de les faire réformer par le juge supérieur (2).

2271. Sous Justinien, nous voyons par notre texte que c'est le système appliqué jadis aux *judicia quæ imperio continentur,* qui paraît adopté. En effet, notre paragraphe nous dit que, soit qu'il s'agisse d'une action réelle, soit d'une action personnelle (*sive in rem, sive in personam*), l'obligation principale n'en subsiste pas moins (*nihilominus obligatio durat*) ; il ne s'opère aucune novation par le procès, ni par la sentence ; et par conséquent l'action peut être de nouveau intentée, sauf le secours de l'exception. — Mais en réalité il est vrai de dire, pour cette exception comme pour toutes les autres, que les actions ne se demandant plus au magistrat supérieur et n'étant pas renfermées dans les limites d'une formule, mais s'intentant directement devant le juge, qui a, par lui-même, le pouvoir d'apprécier tant la demande que la défense ou les exceptions, toutes les questions que nous venons d'examiner, nées du système des formules, ont perdu, quant à la forme, leur plus grande importance dans la procédure *extra ordinem*.

2272. Ulpien nous donne ainsi, d'après Julien, les conditions dans lesquelles l'exception de la chose jugée peut être opposée : « Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii (3). » Cette définition est la seule applicable, dans le dernier état de la doctrine romaine : identité de litige, identité de plaideurs. C'est mal à propos, ainsi que l'ont établi de récents travaux (4), qu'en s'attachant à certains textes (5), on a exigé l'identité de la chose demandée : *idem corpus, quantitas eadem*. Ces textes n'ont trait qu'à la *fonction négative* de la chose jugée, où l'on examinait seulement ce qui avait été déduit *in judicium*. Mais lorsqu'on est arrivé à une notion plus élevée de la chose jugée, on lui a

(1) GAI. 4. 107. — (2) On cite à l'appui une constitution de Sévère et d'Antonin. COD. 3. 1. 2. — (3) DIG. 44. 2. 7. § 4. f. Ulp. — (4) Doctrine de M. de Savigny, mise en lumière et développée par M. Griolet dans son beau travail *sur l'autorité de la chose jugée*. — (5) DIG. 44. 2. 12, 13 et 14. f. Paul et Ulp.

reconnu une *fonction positive*, relative au droit sur lequel a porté le jugement, et non plus à l'objet matériel. D'où la conséquence qu'on est non recevable à vendiquer un autre objet, s'il est compris virtuellement dans un premier litige : les fruits après la chose frugifère, et réciproquement (1). Il en serait de même chez nous, bien que notre Code (art. 1351) reproduise la condition d'identité de la *chose demandée;* condition à laquelle il faut substituer celle de l'identité de l'objet du litige — Ulpien ajoute : fût-ce par une action différente (*vel alio genere judicii*) : ceci demande explication. En effet, si la nouvelle action concourt au même but que la première, quoique sous une forme différente, il y aura lieu à l'exception *rei judicatæ*. Par exemple, si, après avoir succombé dans l'action en pétition d'hérédité, on se met à vendiquer, en la même qualité, les choses héréditaires en particulier, ou réciproquement; de même si, après avoir succombé dans l'action *familiæ erciscundæ*, on agit au même titre par l'action *communi dividundo*. Mais, si la nouvelle action est fondée sur un autre droit, l'exception ne pourra pas être appliquée; par exemple, si, après avoir succombé dans la vendication d'une chose, on la poursuit par condiction (2) ; car dans le premier procès on s'en prétendait propriétaire, dans le second on s'en prétend seulement créancier.

2273. Le défendeur, dans une action réelle, doit être absous s'il satisfait au demandeur, bien que le droit de ce dernier ait été reconnu. Dès lors, si plus tard il possède de nouveau l'objet du litige, il invoquera l'exception *rei judicatæ*, comme éteignant l'action primitive. Mais il serait inique, dit Julien (3), que l'exception de la chose jugée profitât à celui dont le droit a été nié par le juge. Aussi le demandeur répliquera-t-il à l'exception en invoquant l'autorité positive de la chose jugée : *Si exceptio objicietur a possessore rei judicatæ, replicet, si secundum me judicatum non est* (4).

2274. De même que le dol, la violence, le serment produisent une action ou une exception, selon que celui qui les invoque a besoin d'agir ou de se défendre : de même pour la chose jugée. Lorsque c'est la partie condamnée qui nie qu'il y ait chose jugée, alors l'autre partie a besoin d'agir pour faire reconnaître l'existence du jugement qui lui a donné gain de cause (*si quæratur judicatum sit, necne*) (5). On lui donne pour cela (n° 2033) l'action *judicati*, l'une de celles dans lesquelles la condamnation se double contre celui qui a contesté à tort (6).

**VI.** Hæc exempli causa retulisse sufficiet. Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sunt,

**6.** En voilà assez de citées pour servir d'exemple. On peut, du reste, voir dans les livres du Digeste ou des

(1) Dig. 7. f. Ulp. — (2) *Ibid.*, 31. f. Paul. — (3) *Ibid.* 6. f. Jul. — (4) D. 20. 1. *De pign. et hyp.*, 4. §. 5 f. Marc. — (5) *Ibid.* 49. 8. 1. pr. f. Marc. — (6) Gai. §§ 9 et 171. — Paul Sent. 1. 19. 1.

ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

Pandectés combien sont nombreuses et variées les causes qui rendent les exceptions nécessaires.

**VII.** Quarum quædam *ex legibus* vel *ex iis quæ legis vicem obtinent*, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

**7.** Parmi elles, les unes naissent *des lois*, ou *des autres actes législatifs*, ou de la juridiction prétorienne elle-même.

2275. C'est le droit prétorien, créateur du système formulaire, qui a introduit le premier l'usage des exceptions, parties accessoires de ce système, et il les a introduites principalement comme correctif aux rigueurs du droit civil. Ensuite, des lois, des sénatus-consultes, des constitutions ou de nouvelles applications de cet usage déjà établi, ont donné lieu elles-mêmes à de certaines exceptions qui n'ont plus été fondées sur le droit prétorien. Il en est arrivé ainsi lorsque ces lois, ces sénatus-consultes, ces constitutions, ont procédé non pas en abrogeant le droit civil, mais au contraire en le laissant subsister en principe et n'y apportant qu'une modification exceptionnelle. De telle sorte que fort souvent, à propos de pareils actes législatifs, il est important de se poser et de résoudre la question de savoir s'ils produisent leur effet *ipso jure*, ou seulement *exceptionis ope*.

Nous donnerons les exemples suivants d'exceptions créées par ces diverses autorités (*ex legibus, vel ex iis quæ legis vicem obtinent*) :

*Par des lois :* comme les exceptions de la loi CINCIA (tom. II, n° 567) (1); de la loi JULIA, sur la cession des biens : NISI BONIS CESSERIT (2) (ci-dessus, n° 2030, et p. 745, § 4; et quelquefois de la loi FALCIDIE, par exemple dans le cas particulier cité ci-dessus, n° 2185, quoique cette loi opère ordinairement *ipso jure*, de telle sorte qu'il y a *plus-petitio* dans le fait du légataire qui demande au delà de ce qu'elle permet (ci-dess., p. 647, § 33).

*Par des sénatus-consultes :* comme les exceptions des sénatus-consultes VELLÉIEN, MACÉDONIEN (ci-dessus, n°s 1411 et 2217), et TRÉBELLIEN (3) (ci-dess., tom. II, n° 960).

*Par des constitutions :* comme celles de division : SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT, accordée aux fidéjusseurs en vertu du rescrit d'Adrien (ci-dess., n°s 1395 et 2258, avec la note 1); ou comme celle de dol lorsqu'on l'applique en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, pour contraindre le demandeur à introduire la compensation dans une action de droit strict (ci-dess., n° 2179).

Dans plusieurs cas, il peut arriver que ce soit le droit civil qui produise une exception contre quelque action prétorienne; comme par exemple l'exception *justi dominii* contre l'action Publicienne

(1) VATIC. J. R. FRAGM. § 310; et DIG. 44. 4. *De doli mali except.* 5. § 1. f. Paul. — (2) Ci-dessous, tit. 14. § 4. — (3) DIG. 15. 2. *Quando de peculio.* 1. § 8. f. Ulp.

*dilationem tribuunt :* qualis est pacti conventi, cum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi *aut alia similis,* differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, *neque post tempus olim agere poterant,* cum temere rem in judicium deducebant et consumebant : qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis, litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint protulit : ut et inducias quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint : ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.

*qu'à un certain temps, et procurent un délai.* Telle est l'exception de pacte, lorsque la convention a été qu'on ne pourrait agir pendant un certain temps, par exemple pendant cinq ans; car, une fois ce temps écoulé, rien n'empêche le demandeur d'intenter l'action. Par conséquent, ceux dont l'action, s'ils voulaient l'intenter avant le terme, serait repoussée par l'exception de pacte *ou par toute autre semblable,* doivent la différer et n'agir qu'après le délai. Voilà pourquoi ces exceptions se nomment dilatoires. Si, au contraire, ils ont agi avant le délai, et qu'on leur ait opposé l'exception, ils n'obtiendront rien dans cette instance à cause de l'exception; *et même jadis il ne leur eût plus été permis d'agir à l'expiration du délai,* parce qu'ayant témérairement déduit leur affaire en instance, et l'ayant consommée, elle était perdue pour eux. Mais aujourd'hui nous ne voulons pas procéder avec autant de rigueur : quiconque aura osé intenter une poursuite avant le temps fixé par le pacte ou par l'obligation, nous le soumettons aux dispositions portées dans la constitution de Zénon contre ceux qui demanderaient plus qu'il ne leur est dû, à raison du temps. En conséquence, si le demandeur a méprisé les délais qu'il avait concédés lui-même ou que la nature de l'action comportait, ces délais seront doublés au profit de ceux contre lesquels une telle iniquité aura eu lieu; et même, à leur expiration, ces derniers ne seront forcés de défendre à l'action qu'autant qu'on leur aura préalablement remboursé tous les frais, afin qu'une semblable peine apprenne aux demandeurs à observer les délais des actions.

2280. *Quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt.* Gaius les définit aussi dans le fragment que nous avons déjà cité: « *Quæ non semper locum habent, sed evitari possunt.* » Elles sont temporaires, parce qu'elles ne sont mises que pour un temps à la disposition du défendeur. Passé ce temps, il ne les a plus, il se trouve désarmé; et si l'action est alors intentée, il ne peut plus s'en défendre par l'exception. De ce qu'elles sont temporaires, il résulte forcément qu'elles ne sont que dilatoires. En effet, quelle est l'utilité que le défendeur en retire? C'est uniquement de ne pouvoir être attaqué durant un certain temps: elles lui procurent un délai (*temporis dilationem tribuunt*), puisqu'elles suspendent en quelque sorte l'efficacité de l'action

pendant ce temps. Mais, le délai expiré, l'action peut être intentée sans plus avoir rien à craindre de l'exception. Ainsi il dépend du demandeur de les éviter en différant son action (*sed evitari possunt*). L'exemple donné par le texte fait concevoir clairement l'application de ces principes.

*Aut alia similis*. Telles étaient les exceptions nommées *litis dividuæ* et *rei residuæ,* qui sont encore citées comme exemples d'exceptions temporaires et dilatoires dans les Instituts de Gaius (1).

2281. *Neque post tempus olim agere poterant.* Il s'agit ici des effets de l'exception une fois proposée et appliquée en justice. Nous voyons que, sous ce rapport, toutes, soit perpétuelles et péremptoires, soit temporaires et dilatoires, toutes périmaient l'action, ainsi que nous l'avons déjà annoncé, en ce sens que, l'affaire ayant été une fois déduite en justice, elle était consommée (*rem in judicium deducebant et consumebant*). A celui qui aurait voulu la recommencer, le préteur aurait refusé l'action si l'on s'était trouvé dans un cas où le refus d'action dût avoir lieu, ou bien on lui aurait opposé l'exception *rei judicatæ* s'il y avait eu jugement sur le procès (*sententia*), ou celle *rei in judicium deductæ* s'il n'y avait eu que déduction en instance, sans jugement prononcé. Il paraît, d'après les expressions de Gaius, que, dans le cas des exceptions temporaires et dilatoires, c'était l'exception *rei in judicium deductæ* qui aurait eu lieu contre le demandeur (2), pour avoir mal à propos et avant le temps déduit son affaire en instance. Remarquons, du reste, les changements importants introduits par la constitution de Zénon (tit. 6, § 33, n°s 2153 et suiv.). Quant au défendeur, Gaius (3) nous apprend qu'il était difficilement restitué contre l'omission d'une exception dilatoire.

**XI.** Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones; quales sunt procuratoriæ : veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur : suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus *propter infamiam* vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sanximus : ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

**11.** Il existe aussi des exceptions dilatoires à raison de la personne : telles sont les exceptions procuratoires; par exemple si quelqu'un voulait agir par le ministère d'un militaire ou d'une femme; car les militaires ne peuvent agir comme procureurs ni pour leur père, ni pour leur mère, ni pour leur épouse, ni même en vertu d'un rescrit impérial; mais ils peuvent agir dans leurs propres affaires sans blesser la discipline. Quant aux exceptions qu'on opposait autrefois aux procureurs *à raison de l'infamie,* soit de celui qui avait donné, soit de celui qui avait reçu la procuration, comme nous les avons reconnues hors d'usage dans la pratique judiciaire, nous avons décrété qu'elles resteraient éteintes, de peur qu'en disputant sur elles on ne traînât en longueur la discussion du procès lui-même.

(1) Gai. 4. 122. — (2) Gai. 4. 123. — (3) *Ib.* 125.

2282. Ce paragraphe est relatif aux exceptions nommées *procuratoriæ* et *cognitoriæ*, qui ont lieu contre celui qui a pris pour *procurator* ou pour *cognitor* une personne n'ayant pas le pouvoir d'agir en cette qualité. Ces exceptions sont dilatoires, en ce sens que le demandeur peut les éviter en agissant, non pas dans tel temps plutôt que dans tel autre, mais par telle personne plutôt que par telle autre. En effet, nous dit Gaius, les exceptions sont considérées comme dilatoires, non-seulement à raison du temps, mais encore à raison de la personne : « Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona, dilatoriæ exceptiones intelliguntur (1). » Du reste, si elles étaient proposées et appliquées en justice, elles avaient, comme les autres, pour effet de consommer le procès.

*Propter infamiam.* C'est l'infamie qui résulte de certaines condamnations, même civiles, pour celui qui en est frappé, ainsi que nous en avons vu divers exemples dans les actions de tutelle, de dépôt, de société et autres encore. Une telle infamie produisait, entre autres incapacités, celle d'être procureur ou de constituer un procureur (ci-dess., n° 1671), incapacité tombée en désuétude au temps de Justinien, au dire même de notre texte.

## TITULUS XIV.

### DE REPLICATIONIBUS.

Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia : quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat : si creditor agat, et excipiat debitor ut ita demum condemnetur si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita ; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

## TITRE XIV.

### DES RÉPLIQUES.

Il peut arriver qu'une exception qui, au premier aspect, paraît juste, ne soit qu'un obstacle inique. Dans ce cas, il est besoin, pour protéger le demandeur, d'une autre allégation qu'on nomme réplique, parce qu'elle repousse et résout le droit résultant de l'exception. Par exemple, un créancier est convenu avec son débiteur qu'il ne lui demanderait pas de payement, et depuis il a fait avec lui une convention contraire, c'est-à-dire qu'il pourrait le demander : si, sur son action, le débiteur oppose l'exception tendant à n'être condamné qu'autant qu'il n'y aurait pas eu pacte de ne pas demander le payement, cette exception nuit au créancier. Car l'existence de ce pacte reste toujours vraie, bien qu'un pacte contraire soit intervenu dans la suite. Mais comme il serait inique de repousser le créancier, on lui donne une réplique fondée sur le dernier pacte.

2283. Tout ce que nous avons dit sur l'usage et sur la nature des exceptions est applicable aux répliques, qui ne sont en quelque sorte qu'une exception contre l'exception : « Replicatio est contraria exceptio : quasi exceptionis exceptio (2). »

---

(1) Gai. 4. 124. — (2) Dig. 44. 1. 22. f. Paul.

Faisons remarquer cependant cette circonstance particulière, que, selon les avis de Labéon, de Marcellus, d'Ulpien, il était reçu que contre l'exception de dol on ne devait jamais donner la réplique de dol, afin que le demandeur qui avait agi frauduleusement ne pût pas néanmoins, à l'aide de cette réplique, triompher dans son action et obtenir le prix de sa fraude. Ainsi, placé entre le dol de chaque adversaire, c'était celui du demandeur qu'on punissait (1).

**I.** Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia : quæ duplicatio vocatur.

**1.** La réplique, à son tour, peut, au premier aspect, paraître juste et n'être qu'un obstacle inique. Dans ce cas, il est besoin, pour venir en aide au défendeur, d'une nouvelle allégation qu'on nomme duplique.

**II.** Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur : quæ dicitur triplicatio.

**2.** Et si, de son côté, la duplique, juste en apparence, n'est, par quelque motif, qu'un obstacle inique contre l'action, il est de nouveau besoin, pour venir en aide au demandeur, d'une nouvelle allégation qu'on nomme triplique.

**III.** Quarum omnium exceptionum usum, interdum ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit : quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

**3.** Enfin, cet usage des exceptions peut encore être porté plus loin, selon la diversité des affaires ; du reste, pour les connaître plus clairement, il suffit de recourir au Digeste.

**IV.** Exceptiones autem quibus debitor defenditur *plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus* ejus, et recte : quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, *quia mandati judicio redditurus est* eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, etsi *de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit*, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati sunt, ac si cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane *quædam exceptiones non solent his accommodari*. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem NISI BONIS CESSERIT; sed hæc exceptio fidejussoribus non datur : ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit suum consequi.

**4.** Les exceptions en faveur du débiteur *se donnent aussi pour la plupart, à ses fidéjusseurs*, et c'est avec raison : car la demande formée contre ce dernier est comme formée contre le débiteur; *puisque, par l'action de mandat, il sera obligé de leur rendre* ce qu'ils auront payé pour lui. Voilà pourquoi, si *l'on est convenu avec son débiteur de ne pas demander le payement*, l'exception du pacte pourra être opposée par ceux qui se sont obligés pour lui, comme si l'on était convenu personnellement avec eux de ne pas le leur demander. Il y a cependant quelques exceptions *qu'on ne leur donne pas;* par exemple si le débiteur a fait cession de ses biens, et que le créancier le poursuive, il opposera à l'exception NISI BONIS CESSERIT; mais cette exception ne peut être donnée aux fidéjusseurs. En effet, celui qui exige une caution a surtout pour but de pourvoir à ce qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, sa créance lui soit payée par ceux qui l'ont garantie.

(1) DIG. 44. 4. 4. § 13. f. Ulp.

2284. *Plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus.* Il est des exceptions qu'on nomme inhérentes à la chose (*rei cohærentes*), parce qu'elles ne résultent pas d'une considération ou d'une circonstance personnelle exclusivement propre au débiteur, mais d'une cause qui affecte la chose, c'est-à-dire la dette elle-même. En conséquence, elles s'accordent non-seulement au débiteur, mais à tous ceux qui sont tenus pour lui : « Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt. » Telles sont les exceptions tirées de la chose jugée, du dol, du serment, de la violence (1).

*Quia mandati judicio redditurus est.* Ce motif, que nous donne le texte, nous explique comment le débiteur lui-même est intéressé à ce que certaines autres exceptions qu'on aurait pu lui croire personnelles, puissent profiter à ses fidéjusseurs, parce que si ceux-ci étaient forcés de payer, ayant un recours contre lui par l'action du mandat, ils le forceraient à leur rendre ce qu'ils auraient payé. Ainsi, dans le cas d'un pacte par lequel le créancier est convenu avec le débiteur de ne pas demander la somme, ou bien dans le cas d'un emprunt d'argent contracté par un fils de famille malgré les prohibitions du sénatus-consulte Macédonien, l'exception du pacte ou celle du sénatus-consulte Macédonien profitera non-seulement au débiteur, mais encore à ses fidéjusseurs s'il en est intervenu, parce que, sans cela, le débiteur, au moyen de leur recours, se trouverait indirectement obligé de payer lui-même. — Mais, dans ces deux exemples, si le recours dont nous venons de parler n'existait pas ; si, par exemple, les fidéjusseurs étaient intervenus par libéralité avec intention de faire un don (*donandi animo*), le motif que nous venons d'exposer n'ayant plus lieu, ils ne pourraient pas profiter de l'exception du pacte ou du sénatus-consulte Macédonien, qui resterait exclusivement propre au débiteur et à ses héritiers ou successeurs (2).

2285. *De non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit.* Les pactes peuvent être faits ou généralement, pour la chose (*in rem*), ou individuellement, seulement pour la personne (*in personam*) ; pour la chose, lorsque l'on convient généralement qu'on ne demandera pas la dette ; pour la personne, lorsque l'on convient qu'on ne demandera pas de telle personne. « Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. — In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam ; in personam, quotiens ne a persona petam : *ne a Lucio Titio petam* (3). » — Du reste, c'est moins aux termes qu'à l'intention des parties qu'il faut s'attacher à cet égard. Lorsque le pacte est personnel, il ne profite à aucun autre qu'à la personne, pas même à ses héritiers : « Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad

(1) Dig. 44. 1. 7. § 1. f. Paul. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 32. f. Paul. — 14. 6. *De S. C. Macedoniano*. 9. § 3. f. Ulp. — (3) Dig. 2. 14. 7. § 8. f. Ulp.

hæredem, Labeo ait (1). » Ainsi, les fidéjusseurs pourront être actionnés, quoique, par leur recours contre le débiteur, celui-ci doive se trouver forcé de payer : le sens tout personnel qui a été donné au pacte indique que les parties n'ont pas voulu garantir le débiteur même du recours des fidéjusseurs. On voit par là que, dans l'exemple cité ici par notre texte, c'est d'un pacte réel, c'est-à-dire général (*in rem*), qu'il doit être question.

2286. *Quædam exceptiones non solent his accommodari.* Ces exceptions sont dites inhérentes à la personne (*personæ cohærentes*), parce qu'elles résultent de quelque considération ou de quelque circonstance personnelle, exclusivement propre au débiteur. En conséquence, elles ne profitent qu'à lui personnellement. « Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios (2). » Et malgré le recours auquel le débiteur peut être exposé de la part des fidéjusseurs, ces derniers ne peuvent pas invoquer ces sortes d'exceptions, qui, d'ailleurs, sont quelquefois de nature à pouvoir leur être opposées à eux-mêmes. Le texte cite, en exemple d'exception personnelle, celle qui résulte de la cession des biens ; on peut y ajouter celle du pacte personnel, ou bien encore celle accordée à un associé, à un ascendant, à un patron de ne payer que jusqu'à concurrence de ce qu'ils peuvent faire (v. ci-dessus, n°° 2163 et suiv.).

## *Des prescriptions.*

2287. Les prescriptions, ces autres sortes d'adjonctions qui se mettaient en tête de la formule, et dont nous avons expliqué les effets, n°° 1940 et suiv., n'existent plus sous Justinien. Tombées successivement en désuétude, elles se transformèrent en des exceptions ; de sorte que le mot prescription s'allia comme synonyme à celui d'exception (*de exceptionibus seu præscriptionibus*), et désigna plus spécialement l'exception résultant de la possession de long temps : d'où est venu enfin le sens que nous lui donnons aujourd'hui, comme moyen d'acquérir ou de se libérer.

| TITULUS XV. DE INTERDICTIS. | TITRE XV. DES INTERDITS. |
|---|---|
| Sequitur ut dispiciamus de interdictis, *seu actionibus quæ pro his exercentur.* Erant autem interdicta, formæ atque conceptiones verborum quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat : quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi-possessione inter aliquos contendebatur. | Vient ensuite à traiter des interdits et *des actions qui les remplacent.* Les interdits étaient des formules par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait de faire quelque chose ; ils étaient surtout employés dans les contestations sur la possession ou sur la quasi-possession. |

2288. Nous avons déjà parlé sommairement des interdits

(1) Dig. 25. § 1. f. Paul. — (2) *Ib.* 44. 1. 7. pr. f. Paul. — V. *Théorie gén. des interdits en droit romain*, par notre collègue M. Machelard, 1865, in-8°.

(n°s 2007 et suiv.), mais ce que nous en avons dit demande quelques développements.

Les interdits, comme les exceptions, ont totalement changé de nature lorsque la procédure par formules s'est trouvée supprimée. Pour bien comprendre leur origine et leur caractère primitif, il faut donc nous reporter à cette procédure.

2289. L'interdit était un décret, un édit rendu, sur la demande d'une partie, par un magistrat du peuple, le préteur, ou, dans les provinces, le proconsul, pour ordonner ou défendre impérativement quelque chose (*aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat*) (1) : « *Vim fieri veto. — Exhibeas. — Restituas* : Je défends qu'on y fasse violence. — Exhibe. — Restitue ; » telles étaient les paroles impératives qui terminaient le plus ordinairement les interdits.

Les interdits s'employaient pour suppléer à l'absence de lois générales : — En premier lieu dans des matières qui sont placées plus spécialement sous l'autorité publique et dans lesquelles l'administration doit au pays, comme aux citoyens, une surveillance et une protection plus directes ; savoir : dans les choses de droit divin ou religieux, par exemple, pour la protection des lieux sacrés, des tombeaux, des inhumations ; et dans les choses de droit commun ou public, par exemple, pour l'usage de la mer et de ses rivages, des fleuves, des voies publiques, ainsi que pour leur conservation. — En second lieu pour les intérêts privés (*rei familiaris causa*), dans des causes dont la nature est d'amener ordinairement entre les parties contestantes des rixes et des voies de fait, et qui appellent, par conséquent, l'intervention immédiate de l'autorité : telles sont les contestations sur la possession et sur la quasi-possession (2).

2290. Celui qui éprouvait, en pareille matière, quelques contestations, quelque obstacle à son droit, ou quelque spoliation, s'adressait au préteur ou au proconsul, et, lui exposant le fait, lui demandait un interdit. Le magistrat, s'il y avait lieu, rendait son interdit : c'était un ordre impératif par lequel il ordonnait ou défendait de faire quelque chose.

Si l'adversaire se soumettait à l'interdit, et acquiesçait aux réclamations de celui qui l'avait obtenu, l'affaire était terminée.

Mais s'il n'obtempérait pas à l'interdit, refusant de l'exécuter, ou déniant les faits sur lesquels il était fondé, ou les droits de celui qui l'avait obtenu, alors la contestation, loin d'être finie, devenait un procès. Il fallait aller devant le juge, ou devant les récupérateurs, pour faire juger s'il y avait réellement contravention à l'interdit. « Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri

(1) GAI. 4. 139. — (2) DIG. 43. 1. *De interdictis*. 2. §§ 1 et suiv. f. Paul. « Quoniam in hujusmodi controversiis, sæpe contingit et cædes fieri, et vulnera infligi, et plagas inferri, » dit THÉOPHILE dans sa paraphrase, *hic*.

probibuerit, nous dit Gaius, statim peractum est negotium; sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi EDITIS FORMULIS quæritur an aliquid adversus prætoris EDICTUM factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit (1). » C'était le préteur qui donnait, en ce cas, aux plaideurs, le juge ou les récupérateurs, comme dans les procès ordinaires. Mais leur donnait-il aussi une formule d'action ou bien celle de l'interdit suffisait-elle? Il leur dressait une formule d'action, dans laquelle pouvaient entrer sans doute, conformément à l'usage commun, des exceptions ou des répliques. Et ce qui le prouve, outre les expressions *editis formulis* dans le passage de Gaius que nous venons de rapporter, c'est que souvent le texte même de l'interdit porte formellement : « *Je donnerai une action* » (JUDICIUM DABO — AGERE PERMITTAM) (2). Du reste, l'*intentio* de cette formule devait être naturellement conçue dans les termes mêmes de l'interdit qu'il s'agissait d'appliquer. C'est ce que nous pouvons comprendre par ce passage de Gaius : « Judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit quod prætor interdicto complexus est (3). »

2291. Ainsi, dans cette procédure, l'interdit était la loi de la cause et des parties, promulguée spécialement pour elles par le préteur. Si cette loi spéciale recevait son application sans contestation, tout était terminé. S'il y avait contravention, ou contestation sur son application, alors c'était un procès; et le préteur, ici comme dans les autres procès, donnait aux plaideurs un juge, avec une action, réglée par la formule conforme à l'interdit.

2292. On voit par là quelle différence immense existait entre l'*interdit* et l'*action*. — L'interdit émanait, chez le préteur, de son pouvoir de publier des édits; l'action, accommodée en formule aux parties, émanait de son pouvoir de juridiction. — L'un était une disposition impérative adressée aux parties, afin de prévenir le procès si elles s'y soumettaient, et d'en faire la loi s'il y avait contestation; l'autre était une mission donnée au juge de statuer

(1) GAI. 4. 141. Ce point, sur lequel le texte de Gaius ne permet plus d'élever aucun doute, avait fait controverse aux yeux des anciens interprètes du droit romain. Il était cependant bien positivement énoncé dans la paraphrase de THÉOPHILE : « Rem itaque omnem prætori ordine exponunt. At is quædam verba inter eos pronuntiat, non litem dirimens, sed ad pedaneum judicem remittens, qui de controversia ipsorum cognoscat. » — On trouve, en outre, la trace de nombreux fragments du Digeste relatifs aux interdits, où il est fréquemment question de l'*officium judicis;* et notamment, DIG. 25. 5. *Si ventris nomine,* 1. § 2. f. Ulp. : « Necessario prætor adjecit : *ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere*. Coget autem eum decedere, non prætoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum *ad jus ordinarium* remiserit. »

(2) Nous en avons plusieurs exemples dans les interdits rapportés par Ulpien. DIG. 43. 4. 1. pr. — 16. 1. pr. — 17. 1. pr. — (3) Par exemple, s'il s'agit de la possession d'un fonds ou d'un édifice : « *Uter eorum eum fundum easve ædes per id tempus quo interdictum redderetur, nec vi, nec clam, nec precario possederit.* » (GAI. 4. 166.)

sur le procès qui était né. — L'interdit ne remplaçait pas l'action; — au contraire, il lui donnait naissance et lui servait de base, si, malgré la prononciation de cet interdit, il y avait procès.

Dans les cas où l'action était donnée de prime abord par le préteur, sans le préalable d'un interdit, c'est que la cause était réglée par des lois ou par des édits généraux formant législation pour tous. — Dans les cas contraires, c'est que la cause était de celles pour lesquelles on avait jugé utile de faire intervenir à chaque fois l'autorité législative du préteur, de sorte que chacune de ces causes était réglée par un édit particulier formant législation pour cette cause seulement.

2293. L'interdit est donc un édit particulier, un édit entre deux personnes, comme qui dirait *inter duos edictum*. Aussi Gaius, dans le passage que nous venons de citer (p. 749, note 1), et dans un autre encore (1), l'appelle-t-il formellement EDICTUM PRÆTORIS. Ainsi, de même qu'on dit, dans la langue du droit, *jus dicere, addicere, edicere*, de même on dit *inter dicere*, en quelque sorte *inter duos edicere* : c'est l'étymologie que nous donne notre texte, dans le paragraphe suivant : « *quia inter duos dicuntur.* » Toutefois, nous voyons, par les Instituts de Gaius, qu'on appelait spécialement *interdits* ceux par lesquels le préteur prohibait quelque chose; et *décrets*, ceux par lesquels il ordonnait : « Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet;... interdicta vero, cum prohibet fieri (2). »

2294. C'est précisément parce que les interdits sont particuliers à la cause, personnels aux parties pour lesquelles ils ont été rendus, qu'Ulpien dit, en ce sens, que par leur nature ils sont tous personnels : « Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt (3). » Et c'est par la même raison que le moment où l'interdit a été rendu sert de point de départ pour l'examen du droit des parties, et pour le calcul des fruits qui peuvent être dus, parce que c'est à ce moment seulement que la loi de la cause, et par conséquent le droit qu'elle confère, a pris naissance (4).

2295. M. de Savigny, à qui la science est redevable de si estimables travaux sur l'histoire du droit romain, sur l'ensemble de ce droit, et particulièrement sur la possession et sur les interdits, attribue l'origine des interdits, selon les conjectures de Niebuhr, au temps où les patriciens, tenant à fermage les terres publiques, et n'ayant pas sur ces terres le domaine quiritaire, ni par conséquent les actions qui en dérivaient, auraient eu besoin, pour faire protéger leur possession, de recourir chaque fois à l'intervention du préteur. Mais c'est là, ce nous semble, une explication peu large, à laquelle l'écrivain, qui traitait de la possession, s'est

(1) GAI. 4. 166. — (2) *Ibid.* 4. 140. — (3) DIG. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. Ulp. — (4) DIG. 43. 1. *De interd.* 3. f. Ulp.

laissé entraîner par la spécialité de son sujet. Nous sommes convaincu, quant à nous, que les interdits ont commencé par les matières d'intérêt public. Tout prouve que ceux qui ont eu lieu *rei familiaris causa* n'occupent qu'un rang secondaire, quoique, pour les jurisconsultes du droit privé, ils forment le principal. Certes, le magistrat a eu à pourvoir à la protection des choses sacrées, des choses religieuses, des voies publiques, des fleuves navigables, avant qu'il fût question de celle des possessions patriciennes. Ces intérêts publics, qui se rencontrent toujours inévitablement, sont des points sur lesquels la loi générale n'avait pas statué dès son principe, parce qu'elle s'en remettait là-dessus à la surveillance et au pouvoir actif du magistrat; le préteur y pourvut par ses ordres, par ses défenses. Et comme la possession privée se trouvait dans le même cas, d'un côté parce que la loi générale ne s'en était pas occupée, de l'autre parce que la possession intéressait aussi l'ordre et la tranquillité publique, par suite des rixes et des voies de fait qu'elle pouvait occasionner, le préteur y pourvut par le même moyen.

Ainsi, il faut attribuer l'origine des interdits à la nécessité dans laquelle les préteurs durent se trouver d'intervenir d'autorité et de suppléer par des ordres et par des défenses aux lacunes de la loi, surtout dans les matières d'administration publique et de police, ou dans celles qui pouvaient amener des rixes et des voies de fait entre particuliers; et cela, avant même que l'usage et le pouvoir de rendre des édits généraux se fussent introduits pour eux. En effet, cette nécessité de régler par l'autorité prétorienne les cas imprévus est l'origine de tous les édits, tant généraux que particuliers. Mais il faut remarquer que ce fut avec discernement et à dessein que les préteurs, même après que leur droit de publier des édits généraux fut devenu incontestable, conservèrent néanmoins cette grande ligne de démarcation entre les matières qu'ils réglèrent d'une manière générale, par des édits annuels publiés à l'avance pour tout le monde, et les matières qui continuèrent à faire l'objet des édits particuliers ou interdits; matières sur lesquelles, par une procédure toute particulière, le préteur se réserve le droit d'intervenir spécialement et impérativement, au moyen d'un édit prononcé dans chaque affaire : disant bien, dans les édits généraux, d'après quelle règle il donnera, selon tel ou tel cas, tel ou tel interdit; mais soumettant toujours chaque partie à la nécessité d'obtenir de lui chaque interdit dans chaque cause.

Cette procédure particulière, appliquée et conservée ensuite seulement dans des matières d'une certaine nature, n'a donc pas eu une origine de pur hasard, mais elle porte la trace du discernement et de la science législative.

2296. *Seu actionibus quæ pro his exercentur.* Lorsque l'office du préteur, dans la dation des juges et des formules, se trouva

supprimé, chaque contestation pouvant être portée directement, par les parties, devant le juge compétent, il dut en être de même de la dation des interdits. Alors, dans les causes pour lesquelles le préteur aurait donné jadis un interdit, il revint tout simplement aux parties le droit d'agir devant le juge, pour faire garantir les droits que l'interdit aurait garantis. Les interdits restèrent donc comme des dispositions de la législation prétorienne, qui donnaient naissance à des actions. C'est ce qu'expriment les paroles de notre texte; et telle est leur transformation sous Justinien.

## *Interdits prohibitoires, restitutoires, exhibitoires.*

**I.** Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus prætor vetat aliquid fieri : veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco ædificari; vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet; veluti, bonorum possessori possessionem eorum quæ quis pro hærede aut pro possessore possidet ex ea hæreditate; aut cum jubet ei qui possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quæ jubet exhiberi : veluti eum cujus de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate sunt. Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

**1.** La principale division des interdits est qu'ils sont ou prohibitoires, ou restitutoires, ou exhibitoires. Sont prohibitoires ceux par lesquels le préteur défend de faire quelque chose; par exemple de faire violence à celui qui possède régulièrement, ou à celui qui porte un mort là où il en a le droit, ou de bâtir sur un lieu sacré; ou de rien faire dans un fleuve public ou sur sa rive qui nuise à la navigation. Sont restitutoires ceux par lesquels il ordonne de restituer quelque chose; par exemple de restituer au possesseur des biens la possession de choses héréditaires qu'un autre possède à titre d'héritier ou de possesseur, ou bien la possession d'un fonds à celui qui en a été expulsé par violence. Sont exhibitoires ceux par lesquels le préteur ordonne d'exhiber, par exemple, l'individu dont la liberté est en litige, ou l'affranchi dont le patron réclame les services; ou d'exhiber au père les enfants soumis à sa puissance. Cependant, dans l'opinion de certains jurisconsultes, le nom d'interdits ne devrait s'appliquer, à proprement parler, qu'à ceux qui sont prohibitoires, parce que interdire signifie défendre, prohiber; et ceux qui sont restitutoires ou exhibitoires devraient se nommer décrets. Mais le mot *interdit* a prévalu pour tous, parce qu'ils sont rendus entre deux parties.

2297. La formule finale pour les interdits prohibitoires est ordinairement : *Vim fieri veto* ou *Veto;* — pour les interdits restitutoires : *Restituas;* — et pour les exhibitoires : *Exhibeas.*

Cette première division des interdits avait quelque influence, quant à la procédure qui devait être suivie dans le procès engagé à la suite de l'interdit : « Et quidem, nous dit Gaius, ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis

vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur (1). »

Afin de donner une idée plus complète de la matière, nous rapporterons ici des exemples des principaux interdits, parmi lesquels se trouveront expliqués ceux que cite notre texte.

2298. Ainsi, pour les choses sacrées, l'interdit qui défendait de rien faire de nuisible dans un lieu sacré était conçu en ces termes : « *In loco sacro facere inve eum immittere quid veto* (2). »

2299. Pour les choses religieuses, un interdit protégait en ces termes le droit d'inhumation :

« *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto* (3). »

Et un autre, le droit d'élever un sépulcre :

« *Quo illi jus est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto* (4). »

2300. Pour les choses publiques, il existait un grand nombre d'interdits. Ainsi :

Quant aux lieux publics, celui qui défendait d'y rien faire de nuisible :

« *Ne quid in loco publico facias sive in eum locum immittas, qua ex re illi damnum detur, præterquam lege, senatusconsulto, decretove principum tibi concessum est : de eo quod factum erit interdictum dabo* (5). »

Il y en avait un autre qui protégeait la jouissance ou la perception des droits de ceux qui avaient affermé quelque lieu public (6).

Quant aux chemins et voies publics, l'interdit suivant défendait d'y rien faire de nuisible :

« *In via publica itinereve publico facere, immittere quid, quo ea via idve iter deterius fiat, veto* (7). »

Cet interdit était prohibitoire; un autre ordonnait de restituer, c'est-à-dire de réparer ce qui aurait été fait :

« *Quod in via publica itinereve publico factum immissumve habes quo ea via idve iter deterius fiat, restituas* (8). »

Le suivant protégeait le droit de chacun d'user de la voie publique :

« *Quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri, veto* (9). »

Un autre, celui de dégager et de réparer la voie publiqué (10).

---

(1) GAI. 4. 141, et ULPIEN, *Fragmentum Vindobonense*, §§ 7 et 8; inséré dans les textes anté-justinicus de M. BLONDEAU, p. 261. — (2) DIG. 43. 6. 1. pr. — (3) DIG. 11. 8. 1. pr. — (4) *Ib*. 1. § 5. — (5) DIG. 43. 8. 2. pr. — (6) DIG. 43. 9. 1. pr. — (7) *Ib*. 8. 2. § 20. — (8) DIG. 43. 8. 2. § 35. — (9) *Ib*. 2. § 45. — (10) *Ib*. 43. 11. 1. pr.

C'est à ce sujet que nous trouvons chez les jurisconsultes romains cette maxime : « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* (1). »

Quant aux fleuves publics, des interdits semblables avaient lieu. Voici l'interdit prohibitoire défendant de rien faire qui pût nuire à la navigation :

« *Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit* (2). »

Ensuite l'interdit restitutoire, ordonnant de rétablir ce qui aurait été fait :

« *Quod in flumine publico ripave ejus fiat, sive quid in id flumen ripamve ejus immissum habeas, quo statio iterve navigio deterior sit, restituas* (3). »

Deux autres, l'un prohibitoire, l'autre restitutoire, défendaient de rien faire qui pût changer le cours de l'eau, et ordonnaient de rétablir ce qui aurait été fait :

« *In flumine publico, inve ripa ejus facere, aut in id flumen ripamve ejus immittere quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit, veto* (4). »

Enfin un autre protégeait le droit qu'avait chacun de naviguer dans les fleuves ou dans les lacs publics, de charger ou de décharger les navires :

« *Quominus illi in flumine publico navem ratem agere, quominus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat interdicam* (5). »

2301. Le texte nous cite pour exemples d'interdits exhibitoires différents interdits relatifs aux personnes. Gaius nous donne pour règle à ce sujet que l'action *ad exhibendum* se donne à celui qui a un intérêt pécuniaire à l'exhibition; mais que, lorsqu'il s'agit d'un autre intérêt, c'est aux interdits qu'il faut recourir (6).

En tête de ces interdits, nous placerons celui *de libero homine exhibendo*, garantie de la liberté individuelle, qui a pour but d'empêcher qu'un homme libre ne puisse être détenu par qui que ce soit (*tuendæ libertatis causa : videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam*) (7). Il est ainsi conçu :

« *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas* (8). »

Cet interdit se donne à tout le monde : « Hoc interdictum omnibus competit; nemo enim prohibendus est libertati favere » (9); cependant, en cas de concurrence, à la personne la plus inté-

(1) Dig. 2. f. Javol. — (2) *Ibid.* 43. 12. 1. pr. — (3) *Ibid.* 1. § 15. — (4) *Ib.* 13. 1. pr. — L'interdit restitutoire sur le même sujet est dans la même loi, § 11. — (5) Dig. 43. 14. — (6) Dig. 10. 4. 13. — (7) Dig. 43. 29. 1. § 1. f. Ulp. — (8) *Ib.* pr. — (9) *Ib.* 3. § 9.

ressée (1).—Il est perpétuel (2) —L'homme injustement détenu doit être exhibé, c'est-à-dire produit en public (*in publicum producere*) (3) sur-le-champ, sans délai (*nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum*) (4). — Le *writ d'habeas corpus* des Anglais offre la plus grande analogie avec cet interdit.

L'interdit *de liberis exhibendis* est conçu en ces termes :

« *Qui, quæve in potestate Lucii Titii est : si is eave apud te est, dolove malo factum est quominus apud te esset : ita eum eamve exhibeas* (5). »

Cet interdit avait pour but, comme on le voit, de faire exhiber au chef de famille le fils soumis à sa puissance, qui était détenu ou caché par quelqu'un. Un second interdit, *de liberis ducendis,* faisant suite à celui-là, avait pour objet de garantir au père le droit d'emmener son fils :

« *Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est : quominus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto* (6). »

L'interdit *de liberto exhibendo,* dont nous parlent notre paragraphe et un fragment de Paul, au Digeste (7), ne nous est pas parvenu dans ses expressions. Il était donné au patron pour faire exhiber l'affranchi qui avait contracté envers lui l'obligation de certains services, afin de se faire rendre ces services (tom. II, n° 80).

L'interdit relatif à l'exhibition de celui dont la cause de liberté était en question (*eum cujus de libertate agitur*) devait se donner à toute personne qui voulait vendiquer un autre individu soit en liberté, soit, au contraire, en servitude (c'est-à-dire qui voulait le faire déclarer libre ou esclave), pour faire préalablement exhiber cet individu. Il pourrait aussi, dans ce cas, suivant un fragment de Paul, y avoir lieu à l'action *ad exhibendum* (8).

Quant aux autres interdits cités dans notre paragraphe, et que nous n'avons pas encore expliqués, ils le seront dans les paragraphes suivants.

*Interdits pour acquérir, interdits pour retenir, interdits pour recouvrer la possession, et interdits doubles, en ce sens qu'ils sont donnés tant pour acquérir que pour recouvrer la possession.*

II. Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam *adipiscendæ possessionis causa* comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

2. La seconde division des interdits est qu'ils sont donnés les uns *pour acquérir,* d'autres pour retenir, et les autres pour recouvrer la possession.

2302. Cette division ne concerne que les interdits relatifs à la possession : ce sont ceux que Paul désigne généralement comme donnés *causa rei familiaris; quæ ad rem familiarem spectant* (9).

(1) Dig. §§ 10 et suiv. § 12. — (2) *Ib.* § 15. — (3) *Ib.* § 8. — (4) *Ib.* 4. 2. — (5) *Ib.* 30. 1. pr. — (6) *Ib.* 3. pr. — (7) Dig. 43. 1. 2. § 1. f. Paul. — Gai. 4. 162. — (8) « De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest. » (Dig. 10. 4. 12 pr.) — (9) Dig. 43. 1. 2. § 3.

Du reste, cette division se combine avec la précédente, en ce sens que ces mêmes interdits, considérés sous un autre rapport, sont, les uns prohibitoires, les autres restitutoires.

*Adipiscendæ possessionis causa.* C'est-à-dire pour acquérir une possession qu'on n'a jamais eue, pour se faire attribuer une possession dont on n'a jamais encore été nanti. « Adipiscendæ possessionis sunt interdicta, nous dit Paul dans le même fragment; quæ competunt his qui ante non sunt nacti possessionem. »

Les autres désignations, *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*, se comprennent suffisamment par elles-mêmes.

III. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur QUORUM BONORUM. Ejusque vis et potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque *quod appellatur* SALVIANUM, adipiscendæ possessionis causa comparatum est; eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

3. Pour acquérir la possession, on donne au possesseur des biens l'interdit nommé QUORUM BONORUM, dont l'effet est de forcer celui qui posséderait à titre d'héritier ou de possesseur quelque chose des biens donnés en possession à en faire restitution au possesseur des biens. Celui-là possède à titre d'héritier qui croit être héritier; et comme possesseur celui qui, sans aucun droit, et sachant qu'elle ne lui appartient pas, possède une chose héréditaire, ou même l'hérédité tout entière. On dit de cet interdit qu'il est donné pour acquérir la possession, parce qu'il n'est utile qu'à celui qui veut acquérir pour la première fois la possession d'une chose. Si donc, ayant eu déjà la possession, vous la perdez, cet interdit vous sera inutile. On donne encore, pour acquérir la possession, l'*interdit nommé* SALVIEN, à l'usage du propriétaire du fonds sur les choses du colon, affectées par lui en gage du loyer.

2303. QUORUM BONORUM. Voici les termes de cet interdit, dont nous avons déjà donné une idée sommaire (n° 1142) :

« *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas* (1). »

Cet interdit, comme nous l'avait déjà dit le § 1er de ce titre, est restitutoire. Il ne s'applique pas à chaque chose héréditaire en particulier, mais à leur universalité; il ne s'applique qu'aux choses corporelles (2); pour les créances, on employait la *possessoris hereditatis petitio* (n° 1142). Il se donne au possesseur des biens, qui, en se faisant mettre en possession à l'aide de l'interdit, obtient un résultat analogue à la pétition d'hérédité.

---

(1) DIG. 43. 2. *Quor. bon.* 1. pr. — (2) DIG. 43. 2. 1. § 1. f. Ulp.; 2. f. Paul.

L'héritier ne peut se servir de cet interdit que dans le cas où il réunit à sa qualité celle de possesseur des biens, et où il a accepté cette possession (1). Dans ce cas, l'interdit peut lui offrir, sur la pétition d'hérédité, l'avantage de la célérité (2) et de la différence des preuves à fournir; car il suffit de prouver ici qu'on est possesseur des biens. — Quant à la règle, que l'interdit ne se donne que contre ceux qui possèdent à titre d'héritier ou de possesseur (*pro herede aut pro possessore*), il faut ajouter à ce que nous avons dit (tom. II, n° 830) quant à la pétition d'hérédité, que dans l'ancien droit l'interdit pouvait se donner contre l'héritier : *tam is qui heres est*, dit Gaius (3).

Même dans le cas de possession des biens donnée *sine re* (ci-dess., n° 1123), l'interdit QUORUM BONORUM, auquel cette possession donne droit, au moins nominalement, sert à nous expliquer quels étaient les avantages d'une pareille possession des biens. Sans doute, si les droits de l'héritier sont incontestés, et qu'aucune controverse ne soit élevée par le *bonorum possessor*, cette possession des biens demeure illusoire; mais en cas de doute, le *bonorum possessor* se trouve, par l'effet de la possession des biens et de l'interdit qui marche à la suite, constitué possesseur dans le procès; par conséquent, il n'a qu'à se maintenir dans le rôle de défendeur. C'est à celui qui se prétend héritier à l'attaquer et à justifier de son droit pour parvenir à l'évincer : « *Sine re*, quum alius jure civili evincere hereditatem possit (4). »

2304. Est encore relatif aux hérédités et donné *adipiscendæ possessionis causa*, l'interdit QUOD LEGATORUM, accordé à l'héritier ou au possesseur des biens pour se faire restituer les choses dont quelqu'un se serait mis, sans leur volonté, en possession, à titre de legs (5).

2305. *Quod appellatur* SALVIANUM. Il ne faut pas confondre cet interdit introduit par le préteur Salvien avec l'action Servienne, dont nous avons parlé ci-dessus (n° 2089). Quoique tous deux concourussent au même but, ils avaient chacun leur utilité distincte; car l'un y concourait avec les avantages d'un interdit, l'autre avec ceux d'une action; l'un était une voie possessoire, l'autre une voie pétitoire, et il n'est pas nécessaire, pour expliquer cette double voie, de supposer que l'interdit *Salvianum* a été pour le préteur un acheminement vers l'action Servienne, et qu'il a cessé d'être employé du moment que cette action a été introduite. — L'interdit Salvien était donné non pas à tout créancier hypothécaire, mais seulement au maître d'un fonds rural, sur les objets du fermier ou colon qui avaient été affectés spécialement au payement des fermages, pour s'en faire attribuer la possession

---

(1) GAI. 3. 34. — (2) COD. 8. 2. *Quorum bonorum*. 3. — (3) Com. 4. 144. — (4) ULP. *Regul.* 23. § 6; et 28. § 13. — GAI. 2. § 148; et 3. §§ 35 à 38. — (5) DIG. 43. 3.

à défaut de payement (1). Nous ne voyons nulle part dans les textes qu'on eût donné aux autres créanciers hypothécaires un interdit *quasi-Salvianum*, de même qu'on leur avait donné une action quasi-Servienne. Ce sont ces mêmes objets que le propriétaire aurait pu poursuivre par la voie d'action, au moyen de l'action Servienne : ainsi, il faut se reporter à ce que nous en avons déjà dit. Il est difficile de bien déterminer jusqu'à quel point l'interdit Salvien pouvait être exercé contre les tiers détenteurs. Il semblerait résulter d'une constitution de l'empereur Gordien, qu'il ne pouvait être exercé contre d'autres que le colon ou le fermier lui-même; et qu'en conséquence, si les objets avaient passé dans les mains de tiers, le seul recours contre ces tiers était l'emploi de l'action Servienne (2). Cependant Théophile en parle positivement comme existant sans distinction contre tout détenteur (3), et cette assertion est d'accord avec d'autres textes, notamment avec un fragment de Julien, où le même principe est formellement admis (4). — Le texte de l'interdit Salvien ne nous est pas parvenu (5).

IV. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS, et UTRUBI, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non potest petitoris actio institui; quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non

4. Pour retenir la possession, on donne les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI, lorsque, dans une contestation sur la propriété d'une chose, on recherche préalablement lequel des plaideurs doit être possesseur, lequel demandeur. Car si on n'a pas déterminé d'abord auquel des deux appartient la possession, il est impossible d'organiser l'action pétitoire, parce que, d'après la loi et la raison naturelle, il faut que l'un possède et que l'autre vendique contre lui. Et comme il est bien plus avantageux de posséder que de vendiquer, il y a presque toujours grande contestation sur la possession elle-même. L'avantage de la possession consiste en ce que,

(1) GAI. 4. § 147. — DIG. 43. 33. *De Salviano interdicto*. — COD. 8. 9, *De precario et Salviano interdicto*.

(2) COD. 8. 9. 1 : « Id enim (interd. Salvian.) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit. » — (3) THÉOPHILE, *hic* : « Adversus quemlibet possidentem rem coloni instituetur Salvianum interdictum. » — (4) DIG. 43. 33. *De Salv. interd.* 1. f. Julian., dans le *principium*, où le jurisconsulte donne même contre un tiers acquéreur l'interdit Salvien *utile*, pour obtenir la possession de l'enfant né chez lui de l'esclave hypothéquée qu'il a acquise : et dans le § 1, où le jurisconsulte s'exprime ainsi : « ... Adversus *extraneum* Salviano interdicto recte experientur. » — (5) GAIUS nous cite encore deux autres interdits qui se rangent dans la classe de ceux donnés *adipiscendæ possessionis causa*, savoir : 1° l'interdit POSSESSORIUM en faveur de celui qui avait acheté l'universalité des biens d'un débiteur, selon ce que nous avons exposé ci-dessus, n° 1666 et suiv.; 2° l'interdit SECTORIUM en faveur de ceux qui avaient acheté des biens dévolus par confiscation au peuple romain : ainsi nommé parce que ces acheteurs s'appelaient *sectores*, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, n° 2029, avec la note 3. (GAI. 4. §§ 145 et 146.)

potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio : propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem UTI POSSIDETIS de fundi vel ædium possessione contenditur; UTRUBI vero interdicto, de rerum mobilium possessione : quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam UTI POSSIDETIS interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat : si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret. UTRUBI vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem, exæquata est : ut ille vincat, et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

même quand la chose n'appartiendrait pas à celui qui possède, si le demandeur ne peut prouver qu'elle soit à lui, la possession reste à celui qui l'a. C'est pourquoi, en cas d'obscurité dans les droits de part et d'autre, l'usage est qu'on juge contre le demandeur. L'interdit UTI POSSIDETIS s'applique à la possession des fonds de terre et des bâtiments; l'interdit UTRUBI à celle des choses mobilières. Il y avait chez les anciens de grandes différences dans leurs effets. Car, dans l'interdit UTI POSSIDETIS, celui-là l'emportait qui possédait au moment de l'interdit, pourvu qu'il n'eût pas acquis sa possession sur son adversaire par violence, clandestinité, ou précaire, l'eût-il d'ailleurs enlevée par violence à un autre, ou envahie clandestinement, ou en eût-il obtenu de quelqu'un la concession précaire. Dans l'interdit UTRUBI, au contraire, celui-là l'emportait qui, durant la majeure partie de cette année, avait eu la possession, sans violence, clandestinité, ni précaire à l'égard de son adversaire. Mais aujourd'hui il en est autrement; car ces deux interdits ont été assimilés dans leurs effets quant à la possession; en ce sens que, soit qu'il s'agisse d'une chose immobilière, soit d'une chose mobilière, celui-là l'emporte qui, au moment de la constatation du litige, a la possession, sans violence, clandestinité, ni précaire à l'égard de son adversaire.

**2306.** Le texte développe longuement la principale utilité des interdits *retinendæ possessionis causa*, lorsqu'ils ont lieu comme un préliminaire de la contestation sur le droit de propriété, pour régler le rôle des parties, et garantir au possesseur les avantages de la défense, ainsi que le maintien de sa possession jusqu'à la preuve de la propriété.

Mais il ne faut pas croire que cette utilité fût la seule : ces interdits étaient employés aussi pour se faire garantir dans sa possession contre les troubles ou violences qui, sans vous en dépouiller, pouvaient y être apportés.

**2307.** UTI POSSIDETIS. Cet interdit est ainsi conçu : « *Uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto. — De cloacis hoc interdictum non dabo : neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam* (1). »

---

(1) DIG. 43. 17. 1. pr. — On retrouve également cette formule, en termes à peu près identiques, dans FESTUS : « Possessio est, ut definivit Gallus Ælius,

Cet interdit est prohibitoire : il défend qu'aucun trouble, aucune violence soient faits à celui qui possède. Cette formule ne parle que des édifices, mais l'interdit s'applique à tous les immeubles (1). Nous voyons, par ses termes mêmes, qu'il est annal, c'est-à-dire qu'il doit être exercé dans l'année du trouble ou de la violence, à partir du moment où l'on a pu agir.

Ces expressions de l'interdit : *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis,* demandent quelques explications. Posséder *vi,* c'est posséder par violence; *clam,* clandestinement; *precario,* à titre précaire, c'est-à-dire en vertu d'une concession accordée à vos prières, qui ne doit durer qu'autant que le voudra bien celui qui l'a faite : « Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiu quandiu is qui concessit patitur (2). » Mais remarquons bien que, pour que ces vices de la possession puissent être opposés à celui qui demande l'interdit, il faut qu'ils existent personnellement à l'égard de son adversaire lui-même; c'est-à-dire que ce soit à son adversaire lui-même qu'il ait arraché par violence ou enlevé clandestinement la possession; ou que ce soit de lui qu'il l'ait obtenue à titre précaire; car peu importerait que ces vices existassent à l'égard d'un autre : l'interdit protégerait la possession. C'est ce que signifient ces expressions de l'interdit : *alter ab altero.*

2308. UTRUBI. Un fragment d'Ulpien nous fait connaître la formule de cet interdit :

« *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (3). »

L'exemple de cette formule est tiré d'un cas de contestation sur la possession d'un esclave, mais l'interdit s'étendait généralement à tous les objets mobiliers. Il faut appliquer ici les observations que nous avons faites sur l'interdit précédent relativement aux vices de la possession, en remarquant bien la différence quant au temps. Dans l'interdit *uti possidetis,* pour les immeubles, c'était celui qui possédait au moment même qui était maintenu en possession; et dans l'interdit *utrubi,* pour les meubles, celui qui avait possédé le plus longtemps dans l'année. Mais les expressions *majore parte anni* ne doivent s'entendre que d'une manière relative : il suffit de deux mois, si la possession de l'adversaire a été moins longue (4).

Cette différence, qui avait encore lieu sous les empereurs Dioclétien et Maximien, comme le prouvent les fragments du Vatican, n'existe plus sous Justinien, et c'est, dans les deux cas,

---

usus quidem agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est (*e*) rebus quæ tangi possunt; nec qui dicit se possidere, is vere potest (*rem suam*) dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui possidet rem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur. « *Uti nunc possidetis eum fundum* Q. D. A., *quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possideatis,* (*quominus*) *ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* »

(1) DIG. 43. 17. 1. §§ 1. 7. 8. — (2) DIG. 43. 26. 1. pr. f. Ulp. — (3) DIG. 43. 31. *De utr.* 1 pr. — Et GAI. 4. 160. — (4) DIG. 50. 16. 156. f. Lic. Ruf.

la possession au moment même de la contestation qui obtient la préférence.

V. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque retineri possessionem placet, id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

5. On possède non-seulement lorsqu'on est soi-même en possession, mais encore si quelqu'un y est en notre nom, bien que non soumis à notre puissance, comme le colon et le locataire. De même par le dépositaire et l'emprunteur. Et voilà pourquoi l'on dit que nous pouvons retenir la possession par toute personne possédant en notre nom. Bien plus, on peut retenir la possession par l'intention seule; c'est-à-dire que, sans être en possession ni par soi-même ni par aucun autre, cependant, si ce n'est pas dans l'intention d'en abandonner la possession, mais, au contraire, pour y revenir, qu'on s'est éloigné de la chose, on en retient toujours la possession. Quant à l'acquisition de la possession, nous avons exposé, dans le second livre, par quelles personnes elle peut avoir lieu. Mais il est hors de doute qu'elle ne peut jamais résulter pour personne de la seule intention.

2309. Nous avons déjà développé les principes énoncés dans ce paragraphe, en parlant de la nature de la possession (tom. II, nos 346 et suiv.), de la manière dont elle peut s'acquérir (tom. II, nos 357, 411 et suiv.) ou se perdre (tom. II, nos 425 et suiv.). Il doit suffire de recourir à ces explications.

VI. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum UNDE VI per quod is qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica : sed de vi privata, si sine armis vim fecerit. Sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides.

6. Pour recouvrer la possession, on rend un interdit, dans le cas où quelqu'un a été expulsé par violence de la possession d'un fonds ou d'un édifice. On lui donne, en effet, l'interdit UNDE VI, par lequel celui qui l'a expulsé est contraint de lui restituer la possession, quand bien même il l'aurait prise lui-même par violence, clandestinité, ou à titre de précaire sur celui qui l'a expulsé. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, d'après les constitutions sacrées, si quelqu'un s'empare d'une chose par violence, il en perdra la propriété, si elle est dans ses biens; et si elle est à autrui, il devra, outre sa restitution, en payer de plus l'estimation à celui qui aura souffert la violence. Du reste, celui qui par violence a expulsé quelqu'un d'un fonds est passible de la loi Julia sur la violence privée ou publique : violence privée, si elle a été exercée sans armes; violence publique, si l'expulsion a été faite à main armée. Par armes, on entend non-seulement les boucliers, les glaives, les casques, mais encore les bâtons et les pierres.

2310. L'interdit UNDE VI avait lieu jadis dans deux cas bien distincts : selon qu'il s'agissait de violence à main armée (*de vi armata*), ou de violence ordinaire (*de vi quotidiana*), c'est-à-dire sans armes.

Dans le cas de violence ordinaire, celui qui avait été expulsé d'un immeuble par violence était rétabli dans sa possession à l'aide de l'interdit, pourvu que lui-même ne possédât pas *vi, clam* ou *precario* à l'égard de son adversaire (1).

Mais si l'expulsion avait été opérée à main armée, on était plus sévère, et quelle que fût la possession qu'on eût ainsi enlevée par la force des armes, on la faisait restituer au moyen de l'interdit. Ainsi, celui qui avait usé de violence armée, ne l'eût-il fait que pour reprendre une possession qu'on avait eue sur lui par violence, clandestinité, ou précaire, n'en était pas moins exposé à l'interdit (2). En effet, le principe était qu'en cas d'agression à main armée, on pouvait bien employer les armes contre les armes, non-seulement pour résister, mais encore pour se rétablir dans les lieux d'où l'on venait d'être expulsé : pourvu, toutefois, que ce fût sans intervalle ; en quelque sorte dans un seul et même combat. Car, l'affaire finie, si l'on venait, après coup, user de main armée pour reprendre sa possession, on était passible de l'interdit (3).

2311. A l'époque de Justinien ces deux cas se sont confondus : quelle que soit la violence, armée ou non armée, elle donne lieu à l'interdit, même dans le cas où celui qui a été expulsé n'aurait eu qu'une possession violente, clandestine ou précaire à l'égard de l'adversaire. C'est ce que nous dit notre texte.

La formule de l'interdit UNDE VI a été insérée au Digeste, d'après un fragment d'Ulpien. Elle était ainsi conçue :

« *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo quæque ille tunc habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum pervenit, judicium dabo* (4). »

Mais comme elle ne fait aucune mention de la nature de la possession, *vi, clam* ou *precario,* ni de la nature de la violence, armée ou non armée, il est à croire que, pour la mettre en harmonie avec le nouveau système, on y aura fait quelque suppression.

2312. Cet interdit UNDE VI n'avait lieu qu'à l'égard des immeubles, le possesseur pouvant, à l'égard des meubles ravis par violence, agir : soit, quant à la possession, par l'interdit UTRUBI, puisque la possession violente ne peut compter à son adversaire dans le calcul fait pour voir quel est celui qui a possédé le plus dans l'année; soit, en fait d'action, par celle *vi bonorum raptorum,* ou *furti,* ou *ad exhibendum* (5).

---

(1) GAI. 4. 154. — (2) *Ib.* 155. — (3) DIG. 43. 16. 3. § 9. f. Ulp. — (4) *Ib.* 1. pr. — (5) *Ib.* 1. §§ 3 à 7.

Remarquons toutefois qu'au moyen de la constitution de Valentinien, de Théodose et d'Arcadius, indiquée ci-dessus n° 1744, liv. 4, tit. 2, § 1), l'occupation violente tant des meubles que des immeubles se trouve également réprimée.

Nous voyons aussi, par le texte de l'interdit *unde vi*, qu'il était *annal*.

2313. *Tenetur lege* JULIA DE VI PRIVATA AUT PUBLICA. Il s'agit ici des accusations publiques et des peines criminelles auxquelles est exposé, indépendamment des actions civiles, celui qui a commis la violence. Nous en traiterons bientôt, au § 8 du tit. 18 qui va suivre.

2314. Au nombre des interdits *recuperandæ possessionis causa*, on peut encore citer l'interdit DE PRECARIO, donné à celui qui a concédé un immeuble à titre précaire, pour s'en faire restituer la possession par le concessionnaire qui s'y refuse. Cet interdit était ainsi conçu :

« *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (1). »

2315. Enfin, nous aurions encore à rapporter un grand nombre d'interdits qui se classent dans l'une ou dans l'autre des divisions faites précédemment; tels que les interdits relatifs à des droits d'usage ou de servitude : *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et æstiva, de rivis, de fonte, de cloacis; de superficiebus;* et encore ceux : *quod vi aut clam, de arboribus cædendis, de glande legenda, de migrando, de tabulis exhibendis, de remissionibus;* mais les limites de cet ouvrage nous arrêtent (2).

Nous ferons remarquer que les formules des interdits qui nous ont été conservées nous viennent toutes, en général, des fragments d'Ulpien insérés au Digeste.

2316. Nous devons à la découverte récente d'un fragment des Instituts de ce jurisconsulte la connaissance d'une quatrième sorte d'interdits qui se rattachent à la division que nous venons d'examiner. En effet, l'énumération qui ne compte dans cette division que ces trois termes : interdits *adipiscendæ*, interdits *retinendæ*, et interdits *recuperandæ possessionis causa*, n'est pas complète : il y manque un quatrième terme, qui nous était ainsi indiqué par un fragment de Paul, inséré au Digeste : « Sunt interdicta (*ut diximus*) duplicia, tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis (3). » Ainsi, il y a, en outre, des interdits doubles, en ce sens qu'ils sont donnés tant pour acquérir une possession qu'on n'a jamais eue que pour en recouvrer une que l'on a perdue.

Mais où trouver des exemples de ces interdits? Cujas y avait

(1) DIG. 43. 26. 2. pr. — (2) *Ib.* 18 et suiv. — (3) DIG. 43. 1. *De interd.* 2. § 3. *in fin.* f. Paul.

épuisé vainement tous ses efforts : ce qui lui avait fait dire : « Qu'on les collige, qu'on les parcoure, qu'on les discute tous, si l'on en trouve un seul de cette nature, je veux désormais qu'on n'ajoute plus foi à rien de ce que j'affirmerai sur le droit civil (1). » L'on avait donc conclu que ce passage du Digeste avait été altéré, corrompu, et que cette sorte d'interdits n'existait pas.

Un fragment d'Ulpien, découvert en 1836 dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne, par le bibliothécaire, M. Endlicher, est venu nous révéler, en ces termes, les exemples tant cherchés : (*sunt etiam interdicta duplicia, tam*) « adipiscendæ quam recuperandæ possessionis ; qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM, et QUAM HEREDITATEM : nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem. »

2317. Cette sorte d'interdits tient à une particularité de la procédure romaine. Dans une action *in rem*, le défendeur qui possédait la chose vendiquée était, comme nous l'avons vu n° 1924, obligé de donner caution pour la restitution de la chose et de ses accessoires (la caution *pro præde litis et vindiciarum* : plus tard, caution *judicatum solvi*) au cas où il viendrait à perdre le procès. S'il refusait de donner cette caution (*si lis non defendatur*), il était censé déserter le procès, et la conséquence était qu'il était obligé, dès lors et par cela seul, de transférer au demandeur la possession de la chose litigieuse (n° 2237). Cet ordre lui était donné par l'interdit QUEM FUNDUM, dont on peut supposer que les termes étaient à peu près conçus en ce sens : « *Quem fundum Aulus Agerius a te petit, si litem non defendas, ita eum illi restituas.* » Il résultait de cette translation de possession que les rôles des parties se trouvaient intervertis, et que, si le défendeur primitif voulait réclamer et donner suite à la contestation, il était obligé de jouer le rôle de demandeur et de faire la preuve de son droit de propriété, puisque la possession avait passé à son adversaire.

Le même jeu de procédure avait lieu dans la pétition d'hérédité, au moyen de l'interdit QUAM HEREDITATEM; dans la pétition d'un droit d'usufruit, au moyen de l'interdit QUEM USUM FRUCTUM, selon ce que nous apprennent les *fragmenta Vaticana* (2), et probablement aussi dans la pétition de toute servitude (3).

L'effet de ces interdits était donc, comme nous le dit Ulpien, soit de faire acquérir pour la première fois au demandeur la possession de la chose litigieuse, s'il ne l'avait jamais eue ; soit de

(1) CUJAS. *Observ.* IV, 11. — (2) VATIC. J. R. FRAGM. § 92. « ULPIANUS, lib. 4. *De interdictis*, sub titulo, *a quo usufructus petatur si rem nolit defendere*. Sicut corpora vindicanti, ita et jus, satisdari oportet; et ideo necessario exemplo interdicti QUEM FUNDUM proponi etiam interdictum QUEM USUMFRUCTUM vindicare velit, de restituendo usufructu. » — (3) DIG. 39. 2. *De damno infecto*, 45. f. Scævola, qui doit être expliqué par cette translation de possession.

la lui faire recouvrer, s'il l'avait déjà eue. C'était en ce sens qu'ils étaient appelés doubles (1). Leur emploi, sous Justinien, était tombé en désuétude ; il n'en est plus question dans les textes de cet empereur, et c'est par inadvertance que les compilateurs du Digeste en ont conservé la mention dans le passage précité de Paul, tout en supprimant les choses.

Cette qualification d'interdits doubles était donnée aussi dans un autre sens qui fait l'objet de la division suivante :

### *Interdits simples et interdits doubles en ce sens que chaque partie y joue à la fois le double rôle de demandeur et de défendeur.*

**VII.** Tertia divisio interdictorum hæc est quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est : qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. Namque actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui ; reus is est a quo desideratur ut restituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prohibet prætor in loco sacro, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri : nam actor est qui desiderat ne quid fiat ; reus, qui aliquid facere conatur. *Duplicia sunt veluti* UTI POSSIDETIS *interdictum et* UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.

**7.** La troisième division des interdits est qu'ils sont ou simples ou doubles. Sont simples ceux dans lesquels l'un est demandeur, l'autre défendeur. Tels sont les interdits restitutoires ou exhibitoires. Car celui-là est demandeur qui veut faire exhiber ou restituer ; celui-là défendeur à qui on veut faire exhiber ou restituer. Quant aux interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres doubles : simples, par exemple, quand le préteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, ou dans le lit ou sur la rive d'un fleuve ; car celui-là est demandeur qui veut empêcher qu'on ne fasse, défendeur qui veut faire. *Doubles, dans le cas des interdits* UTI POSSIDETIS *et* UTRUBI. Cette dénomination leur vient de ce que la condition des deux parties y est égale ; aucune n'étant plutôt défendeur que demandeur, mais chacune soutenant ce double rôle à la fois.

2318. *Duplicia sunt, veluti* UTI POSSIDETIS *interdictum et* UTRUBI. Ces deux interdits paraissent cités ici et dans Gaius seulement comme exemples, mais nous n'en connaissons pas d'autres qui aient le même caractère. Cette qualification de *doubles* s'applique également aux trois actions : *Finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo*, dans lesquelles chaque partie est pareillement demandeur et défendeur à la fois. On dit aussi, dans le même sens, tant de ces interdits que de ces actions, qu'ils

(1) Ce fragment d'Ulpien relatif aux interdits QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM nous donne l'explication de plusieurs lois dont le sens était resté plus ou moins obscur : notamment, DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 80. f. Fur. Anthian. — 39. 1. *De oper. nov. nuntiat.* 15. f. Afric. — COD. 8. 6. *uti possid.* 1. const. Dioclet. et Maxim. — Voir, quant à la découverte de ce fragment et à ses résultats scientifiques, ce que notre collègue M. PELLAT en a publié dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1836, t. IV, p. 411 et suiv. — On trouvera aussi le texte de ce fragment, sous le titre de *Ulpiani fragmentum Vindobonense*, § 6, dans la collection des textes anté-justiniens, par M. BLONDEAU, p. 261, et dans le *Novum Enchiridium* de M. GIRAUD, p. 138.

sont *mixtes* (1). Car, sous ce rapport, les qualifications de *doubles* ou *mixtes* sont synonymes (2). Cette nature spéciale de l'interdit était importante dans l'issue du procès : en effet, chacune des parties n'étant pas plus demanderesse ou défenderesse que l'autre, il y avait lieu à *condamnation* ou à *absolution* tant à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre (3). Gaius, au sujet de cette similitude de position entre les deux parties, nous fait remarquer que le préteur l'a observée même dans la formule de ces deux interdits; car il les y place à la fois dans les mêmes termes (*pari sermone cum utroque loquitur*) (UTI POSSIDETIS; UTRUBI HIC HOMO... FUIT) (4).

### *De la procédure en matière d'interdits.*

**VIII.** De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur — qualia sunt hodie omnia judicia — non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

**8.** Quant à la procédure et à l'issue qu'avaient jadis les interdits, il est aujourd'hui superflu d'en parler. Car, toutes les fois que la juridiction a lieu extraordinairement — et c'est ce qui se fait aujourd'hui dans tous les jugements — il n'est pas nécessaire qu'un interdit soit rendu, mais on juge sans interdit, comme si une action utile avait été donnée par suite d'un interdit.

2319. Gaius, dans ses Instituts, après avoir traité des interdits, traitait de leur procédure et de leur issue (5). Cette partie du manuscrit ne nous est parvenue qu'avec de nombreuses lacunes; nous en dirons quelques mots, toutefois, pour en donner une idée sommaire.

2320. L'*in jus vocatio* pour la demande d'un interdit se faisait de même que pour la demande d'une action. Les mêmes moyens de contrainte privée existaient; et si l'appelé se cachait, était absent, sans qu'il se présentât personne pour soutenir la défense, l'envoi en possession de ses biens pouvait avoir lieu (6).

2321. Une fois *in jure*, devant le magistrat, si le défendeur avouait les faits, reconnaissait le droit de son adversaire, ou s'ils étaient évidents, il était inutile d'aller plus loin. De même que dans une demande d'action, le préteur, s'il y avait aveu, ne délivrait pas d'action, c'est-à-dire de formule organisant une instance devant un juge; de même, ici, il ne délivrait pas l'interdit, il prononçait lui-même, il rendait, en vertu de sa *jurisdictio* et de

---

(1) DIG. 44. 7. 37. § 1. f. Ulp. — (2) DIG. 10. 3. 2. § 1. f. Gai. — 10. 1. 10. f. Julian. — (3) Tandis qu'en règle ordinaire, il n'y a lieu à *condamnation* que contre le *défendeur;* et s'il gagne son procès, à *absolution*. — (4) GAI. 4. 160. — (5) *Ib.* 161 et suiv. — (6) « Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait. » (DIG. 43. 29. *De homine libero exhib.* 3. § 14. f. Ulp.) La faculté de faire la demande de l'interdit, même contre un adversaire absent, semble être ici une particularité exceptionnelle.

de son *imperium*, un ordre immédiatement obligatoire, que, par la force dont il disposait et de la main de ses officiers (*sua potestate, manu ministrorum*), il aurait, au besoin, fait exécuter (1).

Mais quand cet aveu, cette reconnaissance n'avaient pas lieu, il y avait matière à procès : le préteur rendait son interdit, qui devait faire la loi particulière de ce procès. Là-dessus, en cas que la contestation persistât, une instance était à organiser. Devant quelle espèce de juge et suivant quelle procédure? C'est ce que nous avons à examiner.

2322. Nous croyons que, dans l'origine du système formulaire, il n'y a eu, pour tous les interdits, qu'une même sorte de procédure, la procédure *per sponsionem*. Nous savons que cette *sponsio* a été une des premières dérivations du *sacramentum*, un procédé de transition pour passer du système des actions de la loi à un système moins rigoureux. Nous savons comment, au lieu de déposer réellement le *sacramentum*, les parties ont été admises d'abord à en promettre seulement le payement, par promesse verbale quiritaire (*per sponsionem*) et avec répondants (*prædes*); puis à se promettre l'une à l'autre, par semblable promesse et sans répondants (*per sponsionem*), le payement d'une somme, qui serait au profit non du trésor public, mais du plaideur gagnant. De telle sorte que la procédure était engagée par une sorte de pari préalable dont chacune des parties courait le risque pour le cas où elle perdrait le procès (voir ci-dessus, n° 1917). Cette première forme du système formulaire étendu aux citoyens, cette forme transitoire, fut appliquée aux interdits, et elle s'y conserva. — Le demandeur, qui prétendait qu'il y avait eu violation ou non-exécution de l'interdit, provoquait le défenseur par une *sponsio*, dont le sens, approprié à chaque cas et à chaque espèce d'interdit, était, par exemple, pour un interdit prohibitoire, à peu près celui-ci : « *S'il a été fait par toi quelque chose contre l'édit du préteur qui nous a délivré interdit, promets-tu de donner tant?* » Le défendeur, après avoir promis, interrogeait à son tour le demandeur, par une stipulation inverse, nommée, à cause de cela, *restipulatio*, à peu près en ce sens : « *Si rien n'a été fait par moi contre l'édit du préteur qui nous a délivré interdit, promets-tu de donner tant* (2)? » Sur la réponse affirmative, le

---

(1) « Et si alia quacumque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel restitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur : dici potest, in his omnibus, subsequi prætorem voluntatem orationis divi Marci debere : et omne omnino quod quis confessus est pro judicato haberi. » (DIG. 42. 2. *De confessis*, 6. § 2. f. Ulp.). — « Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, jubendus est exhibere : et tempus ei dandum est ut exhibeat, si non potest in præsentiarum exhibere, sed si neget se exhibere posse, vel oportere : interdictum hoc competit. » (DIG. 43. 5. *De tabul. exhib.* 1. § 1. f. Ulp.) — Voir aussi la note 1 de la page 749. — (2) « Nam actor provocat adversarium

pari réciproque se trouvait engagé, et le plaideur qui succombait, outre les conséquences de la perte de son procès, devait payer encore la somme objet du pari. Car la *sponsio*, en matière d'interdits, était sérieuse; elle avait un caractère pénal, constituant la punition du procès injuste (voir ci-dessus, n° 1917). Aussi Gaius dit-il de cette procédure des interdits qu'on y agissait *cum pœna, cum periculo* (1).

2323. Comment il se fait que cette procédure ait été, dans l'origine du système formulaire, celle de tous les interdits, et qu'elle s'y soit maintenue toujours comme règle commune, c'est ce qui s'explique doublement. — D'abord, cette procédure ayant été le premier procédé transitoire pour arriver des actions de la loi à l'emploi des formules même entre citoyens, on conçoit que les interdits, sous le régime formulaire, aient dû commencer par là. — Il y avait en outre, quant aux interdits, une raison particulière qui a fait maintenir cet emploi des *sponsiones* et des *restipulationes*, même après l'entier développement du système formulaire. L'interdit n'était que de droit prétorien et non de droit civil. C'était un ordre du magistrat, une loi particulière à la cause et personnelle aux parties, qui suppléait aux lacunes de la loi générale : en asseyant sur cet interdit des *sponsiones* et des *restipulationes*, on arrivait à de véritables engagements de droit civil quiritaires; on se donnait le moyen de construire sur eux un procès civil. On voit que c'est absolument le même procédé que celui qui a été employé pour plier les actions réelles à l'emploi des formules (ci-dessus, n° 1924). — Enfin, pourquoi la *sponsio* n'est-elle pas ici purement comminatoire, préjudicielle? pourquoi est-elle sérieuse, ayant un caractère pénal, réciproque des deux parts, et exigible véritablement de celui des plaideurs qui perdra? Évidemment c'est pour donner une sanction plus forte à l'ordre du préteur; pour que, dans ces matières d'intérêt public, sujettes à rixe et à voies de fait, la crainte de perdre la somme du pari soit une raison de plus pour prévenir les mauvaises contestations.

2324. Les bases préliminaires du procès étant ainsi assises, les parties recevaient du préteur une formule d'instance, qui les renvoyait devant un juge ou devant des récupérateurs, par qui la contestation devait être décidée et la sentence prononcée (2).

Il est permis de conjecturer que le préteur donnait des récupérateurs dans le cas où l'affaire se présentait de telle manière que,

---

sponsione : *Si contra edictum prætoris, non exhibuerit aut non restituerit; ille* autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. » (Gai. 4. § 165.) — Voir un exemple formulaire de pareilles *sponsio* et *restipulatio*, pour l'interdit *uti possidetis* dans Gaius, Comm. 4. § 166.

(1) Gai. 4. §§ 141. 162. — (2) « Ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi, editis formulis, quæritur an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit. » (Gai. 4. § 141.)

par ces récupérateurs, pris instantanément entre les assistants (*repente apprehensi*), elle pouvait être jugée de suite, ou du moins plus promptement : « *ut quam primum res judicaretur* », selon les expressions de Cicéron; « *ut protinus a recuperatoribus... condemnetur* », suivant celles de Gaius (tom. I, *Hist.*, n° 164). Peut-être aussi les délais soit pour la constitution du juge, soit pour l'expédition de l'instance devant lui, étaient-ils plus courts en matière d'interdits que dans les procès ordinaires; ou d'autres règles tendaient-elles à accélérer la solution de l'affaire. C'est ainsi que les empereurs Valentinien, Valens et Gratien nous disent, dans le Code de Théodose, qu'il n'y aura pas lieu à appel dans l'interdit QUORUM BONORUM, de peur que ce qui a été inventé dans un but de célérité (*quod beneficio celeritatis inventum est*) ne soit traîné en longueur (1). Quoi qu'il en soit, ces règles de détail plus expéditives ne nous sont pas connues; et il faut avouer que ce n'était pas dans les préliminaires pour la délivrance de l'action que se trouvait l'accélération, puisqu'il fallait commencer par obtenir l'interdit avant d'arriver à l'action. Mais déjà cette intervention préalable du préteur, l'ordre qu'il pouvait donner exécutoire immédiatement par ses officiers (*manu ministrorum*), si les faits étaient avoués ou patents, et enfin le péril des *sponsiones* et *restipulationes* si un procès était engagé sur l'interdit : tout cela était autant de causes qui, dans ces affaires soumises à la surveillance spéciale de l'autorité, pouvaient arrêter la contestation dès son principe et prévenir le procès.

2325. Mais à mesure que le système formulaire se développa, cette procédure *per sponsionem et restipulationem* put être remplacée, à l'égard de certains interdits, par une procédure plus simple et moins dangereuse. En effet, lorsque l'interdit délivré par le préteur était de ceux qui ordonnaient de restituer ou d'exhiber quelque chose (RESTITUAS EXHIBEAS), il n'était pas logique ni convenable que le procès aboutît seulement à des condamnations pécuniaires, comme l'étaient toutes celles du système formulaire. Ce qui était à désirer, c'est que, si la restitution ou l'exhibition était reconnue juste par le juge, le défendeur pût, soit volontairement, soit, au besoin, par contrainte (*manu militari*), être amené à la faire en nature. La même nécessité s'était fait sentir pour les actions réelles, et nous savons comment le préteur y avait heureusement pourvu en imaginant la formule arbitraire (ci-dess., n°s 1991 et suiv.). Il ne resta donc qu'à appliquer cette formule aux interdits restitutoires ou exhibitoires. — Ainsi, dans ce genre d'interdits le préteur délivre simplement aux parties une formule arbitraire (*formulam arbitrariam*), par laquelle, au moyen de

(1) « In interdicto QUORUM BONORUM cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est subdatur injuriis tarditatis. » (COD. THÉOD. 11. 36. *Quorum appellat non recip.* 22. const. Valent., Val. et Grat.)

l'adjonction de ces deux mots : NISI RESTITUAT, NISI EXHIBEAT, le juge reçoit le pouvoir, en cas qu'il reconnaisse le bon droit du demandeur, d'arbitrer et d'ordonner, par un *jussus* préalable, ce qui doit être fait pour donner satisfaction à ce demandeur. Si cette satisfaction est donnée, le défendeur est absous, sinon il est condamné aux dommages-intérêts (*quanti ea res est*) (1). Mais, dans tous les cas, ni l'un ni l'autre des plaideurs ne court ici le risque d'une peine semblable à celle de la procédure *per sponsionem*, puisqu'il n'y a eu aucune gageure. Aussi Gaius dit-il de cette seconde sorte de procédure qu'on y agit *sine pœna, sine periculo*. — En somme, de même que les actions dans lesquelles il s'agit de restitution ou d'exhibition (c'est-à-dire les actions *in rem, finium regundorum, doli mali, quod metus causa, ad exhibendum*) sont organisées par une formule arbitraire (ci-dess., n° 1996) ; de même, les interdits restitutoires ou exhibitoires sont susceptibles d'une pareille formule. C'est toujours, tant dans les unes que dans les autres, le caractère de restitution ou d'exhibition qui détermine l'emploi de cette formule (2).

2326. Mais pour que cette procédure plus simple soit accordée aux parties, il faut que le défendeur (ou bien encore le demandeur) la sollicite du préteur immédiatement après la délivrance de l'interdit, avant de sortir de son tribunal, de telle sorte que le procès soit organisé de suite. « Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat : sero enim petentibus non indulgebitur (3). » Sans doute parce que, s'agissant d'une chose dont la restitution ou l'exhibition est réclamée, le défendeur sait bien à quoi s'en tenir; il sait bien s'il doit ou non cette restitution, cette exhibition. Il faut donc qu'il prenne son parti de suite. Sinon, le procès ne pourra plus être engagé, plus tard, que selon la règle commune, avec une gageure préalable et réciproque, le demandeur provoquant son adversaire par cette *sponsio* : « SI CONTRA EDICTUM PRÆTORIS NON EXHIBUERIS, OU NON RESTITUERIS, etc. » (Si, contrairement à l'édit du préteur, tu n'as pas exhibé, ou tu n'as pas restitué..., etc.); et le défendeur le provoquant à son

(1) GAI. 4. § 163. — (2) C'est ainsi qu'on arrivera, par exemple, pour les interdits restitutoires, à faire réparer, rétablir, restituer véritablement ce qui aurait été fait de nuisible à la voie publique, ou à la navigation des fleuves, ou au cours de l'eau; à faire restituer en nature au possesseur des biens la possession des choses héréditaires (interdit QUORUM BONORUM); ou à l'héritier, celle des legs dont on se serait mis en possession sans sa volonté (interdit QUOD LEGATORUM); ou au maître d'un fonds rural, celle des choses affectées spécialement au payement des fermages (interdit SALVIANUM); ou à qui de droit, celle des choses enlevées par violence (interdit UNDE VI), obtenues à titre précaire (interdit DE PRECARIO), et tant d'autres encore. De même, pour les interdits exhibitoires, à faire représenter en nature les tables du testament, ou en personne, l'homme libre, le fils de famille, l'affranchi dont l'exhibition est demandée (interdits *de tabulis, de homine libero, de liberis, de liberto, exhibendis*). — (3) GAI. 4. § 164.

tour par une *restipulatio* inverse ; de telle sorte qu'alors chacun d'eux courra le péril de la gageure (1).

2327. Quant aux interdits prohibitoires, ils sont toujours restés soumis à la procédure primitive, à la procédure *per sponsionem*, et étrangers à la *formula arbitraria*. En effet, il s'agit dans ces interdits de la défense d'un acte nuisible, à part toute idée de restitution. Si cette défense a été violée, la violation commise et consommée est réprimée naturellement par une condamnation pécuniaire (2). Par exemple, si vous m'avez empêché de passer sur la voie publique, de naviguer sur un fleuve, de porter un mort là où j'en avais le droit ; si vous avez commis quelque fait profanatoire d'un tombeau ou d'une chose sacrée : du moment qu'il n'est pas question de restitution ni d'exhibition, la réparation se résout naturellement en une somme d'argent. Il n'est pas nécessaire de sortir des règles de la condamnation formulaire. Ainsi, l'utilité de la formule arbitraire ne s'y faisant pas sentir, ces interdits restent soumis à la procédure *per sponsionem* (3).

2328. Telle est la progression historique qu'a suivie, selon nous, la procédure formulaire en matière d'interdits. Ce qui nous confirme que nous sommes dans la vérité, c'est que cette marche est toute naturelle, en accord avec les autres institutions du système, et surtout qu'elle sert, à elle seule, à rendre compte, de la manière la plus simple, de divers points embarrassants dont les explications proposées jusqu'ici nous ont toujours paru inexactes ou insuffisantes (4).

---

(1) GAI. 4. § 165. — (2) L'idée de restitution est généralement mise à part dans ces sortes d'interdits; et ce qui le prouve, c'est que souvent, au sujet des mêmes choses, l'édit contenait, outre l'interdit prohibitoire pour la défense des actes nuisibles, un interdit restitutoire pour le rétablissement en l'état primitif, s'il y avait lieu (ci-dessus, n° 2300). — (3) « Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna : cum pœna velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur. » (GAI. 4. § 141.) — De même, au paragraphe 162 : « Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. » — C'est ce que nous apprend aussi un des fragments des Instituts d'Ulpien, découvert dans la bibliothèque de Vienne par M. ENDLICHER : « (*Restitutoria vel exhibitoria per formulam*) arbitrariam explicantur aut per sponsionem; semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur. — Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam per quam arbiter... » — C'est d'un interdit restitutoire mis en application par la procédure *per sponsionem* qu'il est question dans CICÉRON, *Pro Cæcina*, c. 8 : « ... His rebus ita gestis, P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, *de vi hominibus armatis*, sine ulla exceptione, tantum ut unde dejecisset, restitueret. Restituisse se dixit, sponsio facta est. Hac de sponsione vobis judicandum est. » — (4) Ainsi, nous ne saurions admettre la manière dont M. ZIMMERN (§ 71, note 15), d'après HUSCHKE, croit pouvoir expliquer la différence de procédure entre les interdits restitutoires ou exhibitoires, et les interdits prohibitoires, en disant que dans ces derniers il y a toujours à réprimer une atteinte portée aux droits d'autrui. Cette atteinte existe

2329. A ces données sur la procédure générale en matière d'interdits, il faut ajouter quelques détails relatifs à certains cas particuliers ou à certains interdits spéciaux.

L'action que les Romains appelaient *judicium calumniæ*, qui avait pour but de réprimer les procès suscités de mauvaise foi, et que le défendeur avait le droit d'intenter en opposition à la demande du demandeur, était applicable en matière d'interdits, aussi bien que dans les actions ordinaires; avec cette différence, toutefois, que le demandeur convaincu d'avoir agi de mauvaise foi était condamné, dans les procès ordinaires, seulement au dixième de l'intérêt de la cause, tandis qu'en matière d'interdit, il était condamné au quart de cet intérêt : nouvelle preuve que le préteur cherchait plus énergiquement encore dans les interdits que dans les actions ordinaires à prévenir les mauvaises contestations (1). Gaius mêle ce détail à la description de la procédure générale des interdits, pour faire remarquer que dans les interdits restitutoires ou exhibitoires, quand l'instance a été organisée par une formule arbitraire, le demandeur ne court aucune espèce de risque, à moins que le défendeur ne réplique contre sa demande par le *judicium calumniæ*, soutenant que c'est de mauvaise foi et par esprit de chicane que cette demande est formée. Alors, en effet, si la mauvaise foi était prouvée, le demandeur serait condamné au quart de l'intérêt de la cause (2).

2330. Les interdits qui étaient doubles (*duplicia*), en ce sens que la condition des deux parties y était identique, chacune d'elles jouant à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, c'est-à-dire les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI (ci-dess., n° 2317), offraient une particularité remarquable. Précisément à cause de ce double rôle qu'avait chacun des plaideurs, la *sponsio* et la *restipulatio* y étaient doubles, chacun des plaideurs devant faire à son tour tant l'une que l'autre. Ainsi, par exemple, dans les deux interdits dont il s'agit, chacun des plaideurs prétendant être possesseur, l'un d'eux, indifféremment, engageait le pari par une *sponsio* conçue à peu près en ce sens : *Si la possession est à moi, promets-tu de me donner tant ?* A quoi l'autre, après avoir répondu affirmativement, répliquait par une *restipulatio* inverse : *si, au contraire, la possession n'est pas à toi, promets-tu de me donner*

---

aussi toujours dans le cas des interdits restitutoires ou exhibitoires, et souvent même au plus haut degré; par exemple, quand il y a eu dépossession par violence; mais la restitution, l'exhibition dont il s'agit, a appelé ici, de même que dans les actions restitutoires ou exhibitoires, l'emploi de la formule arbitraire.

(1) « Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimæ partis causæ; adversus interdicta autem quartæ partis causæ. » (GAI. 4. § 175). — (2) GAI. 4. § 163. — La fin de ce paragraphe ne nous est parvenue que tout altérée. Gaius y parlait d'une question controversée entre les deux écoles. Dans les conjectures faites pour remplir cette lacune, on a supposé qu'il s'agissait de savoir si le *judicium calumniæ* pouvait avoir lieu de la part du demandeur contre le défendeur. Mais cette supposition nous paraît fort problématique.

*tant?* Voilà la *sponsio* et la *restipulatio* au point de vue de l'un des plaideurs. Mais comme l'autre ne se bornait pas à nier la possession de son adversaire; qu'il soutenait, à son tour, être possesseur, et qu'il devait avoir dans la procédure une position en tout semblable à celle de la partie adverse, il faisait à son tour la même *sponsio* suivie de la même *restipulatio*. De telle sorte que celui qui serait reconnu avoir tort perdrait, outre le procès, le double pari engagé : tant le montant de sa *sponsio*, que celui de sa *restipulatio* (1).

2331. Enfin, une autre particularité, assurément bien digne d'attention, se présente dans l'interdit UTI POSSIDETIS. Outre les formes générales que nous venons de décrire, la procédure s'y complique d'incidents tout particuliers. Malheureusement le manuscrit de Gaius offre de nombreuses lacunes dans le passage qui y était relatif. Mais nous croyons qu'on peut jeter quelque jour sur les obscurités qui résultent de ces lacunes, en se reportant à l'historique de ces institutions, et surtout à ce qui se pratiquait, en cas de réclamations de propriété, dans l'action de la loi *per sacramentum* (ci-dessus, n°° 1856 et suiv.), et plus tard dans la procédure *per sponsionem* (ci-dessus, n°° 1917 et suiv.).

2332. En effet, le préteur paraît s'être guidé, pour la procédure relative aux disputes de la possession, sur l'imitation de celle relative aux disputes de la propriété. — De même que dans l'antique action de la loi *per sacramentum*, de même dans l'interdit UTI POSSIDETIS, les deux plaideurs sont, dès le principe, en une situation parfaitement égale : pas de demandeur, pas de défendeur; chacun se prétend possesseur. — Cependant, durant le litige, à qui la détention intérimaire de la chose avec ses fruits sera-t-elle accordée? De même que dans l'action de la loi, de même dans l'interdit UTI POSSIDETIS, il faut résoudre d'abord cette question préalable. Ici elle est résolue par une mise aux enchères entre les deux plaideurs (*fructus licitatio : contentio fructus licitationis*): celui qui offrira la plus forte somme détiendra la chose et en percevra les fruits durant le litige. On dit de lui qu'il a été victorieux dans la licitation des fruits (*fructus licitatione vicit*), et de l'autre qu'il y a été vaincu (*fructus licitatione victus est*) (2). Cette *fructus licitatio* de l'interdit répond au *vindicias secundum alterum dicere* de l'action de la loi (ci-dessus, n° 1866). Toutefois le montant des enchères n'est pas véritablement le prix des fruits intérimaires, c'est une somme pénale que l'enchérisseur s'oblige à payer, en cas de perte du procès, à titre de punition d'avoir cherché, par ce moyen, à retenir une possession et une jouissance qui appartenaient à autrui (3). — Du reste, ces fruits intérimaires ne

(1) GAI. 4. §§ 166 et 167. — (2) GAI. 4. § 166. — (3) « Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed pœna nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. » (GAI. 4. § 167.)

lui sont pas définitivement acquis. S'il gagne le procès, il les gardera avec la chose litigieuse, sans même payer la somme pénale des enchères; mais s'il perd le procès, il faudra, outre le payement de la somme pénale des enchères, qu'il restitue la chose et les fruits intérimaires. De même que dans l'action de la loi il garantit cette restitution par une promesse spéciale avec répondants, de même ici il la garantit par une stipulation spéciale nommée *fructuaria stipulatio* (1). Cette promesse pour la restitution de la chose et des fruits (*fructuaria stipulatio*), dans l'interdit, répond aux *prædes litis et vindiciarum* de l'action de la loi (ci-dess., n° 1866), et à la caution *pro præde litis et vindiciarum* de la procédure *per sponsionem* (ci-dess., n°s 1924 et suiv.). — Cela fait, les deux plaideurs se provoquent, tour à tour, par les doubles *sponsio* et *restipulatio* (2), dérivation de l'antique *sacramentum*. — Après quoi, la formule étant donnée, elles sont renvoyées devant le juge. Celui-ci, pour juger qui est débiteur du double pari, ou, en d'autres termes, quelle est la *sponsio* et quelle est la *restipulatio justa*, examinera à qui, d'après les règles de l'interdit, appartient véritablement la possession. — Cet examen fait, si celui qui a été vaincu dans les enchères est reconnu avoir tort, il est condamné au montant de la *sponsio* et de la *restipulatio* faites avec lui, comme perte du double pari du procès; l'autre est absous au sujet de toutes ses promesses, et, en outre, il garde la chose ainsi que les fruits intérimaires, puisqu'il est vérifié que la possession était à lui. — Si, au contraire, c'est celui à qui l'enchère est restée qui est reconnu avoir tort, il est condamné : 1° au montant de la *sponsio* et de la *restipulatio* faites avec lui, comme perte du double pari du procès; 2° au payement de la somme montant de l'adjudication des fruits, comme peine pour avoir retenu, par ce moyen, une possession et une jouissance qui n'étaient pas à lui; 3° enfin à la restitution de la chose et des fruits intérimaires, en vertu de la promesse qu'il en a faite dans la *fructuaria stipulatio*. Son adversaire, en sens inverse, est absous de la *sponsio* et de la *restipulatio* faites avec lui (3). — Ainsi, remarquez bien comment, le procès étant véritablement engagé sur la question de savoir qui est débiteur et qui ne l'est pas dans les *sponsiones* et dans les *restipulationes* qui ont été faites, la sentence du juge consiste principalement à condamner et à absoudre au sujet de ces *sponsiones* et *restipulationes*; comment, chaque

(1) Gai. 4. § 166. Les mots insérés, par conjecture, dans les éditions de Gaius, pour remplir les lacunes du manuscrit, sans doute, sont fort utiles souvent : mais souvent aussi ils sont dangereux, parce qu'on s'habitue à prendre comme un texte ce qui n'est peut-être qu'une supposition erronée. Nous croyons qu'il en est ainsi de cette *fructuaria stipulatio*, relative spécialement à la restitution des fruits intérimaires, comme son nom même l'indique, et que les mots intercalés par les éditeurs feraient porter uniquement sur la restitution de la possession. — Cette remarque est importante pour l'intelligence de ce qui va suivre. — (2) Gai. 4. § 166. — (3) Gai. 4. §§ 166, 167 et 168.

plaideur y jouant un double rôle, tant celui de demandeur que celui de défendeur, il faut que la sentence statue à l'égard de chacun d'eux, condamnant l'un et absolvant l'autre ; enfin comment, malgré le caractère purement pécuniaire des condamnations formulaires, on arrive, jusqu'à un certain point, à la restitution de la chose et des fruits intérimaires, au moyen de la *fructuaria stipulatio* (1). — Avec le temps, cette *fructuaria stipulatio* cessa même d'être indispensable. Quand le plaideur vaincu dans la licitation des fruits n'avait pas eu soin de la faire ou qu'il avait voulu la laisser de côté (*omissa fructuaria stipulatione*), deux actions spéciales furent imaginées, et, s'il gagnait définitivement le procès, mises à sa disposition comme conséquence forcée de sa victoire : l'une nommée *judicium Cascellianum*, du nom probablement de son inventeur, pour se faire restituer la possession de la chose (2), et l'autre nommée *judicium fructuarium*, pour se faire restituer les fruits perçus dans l'*interim* (3). Ces deux actions étaient qualifiées, tant l'une que l'autre, de *judicium secutorium*, parce qu'elles suivaient comme conséquence la victoire obtenue sur la *sponsio* (*quod sequitur sponsionis victoriam*) (4).

**2333.** Gaius, qui décrit cette procédure seulement à l'occasion de l'interdit UTI POSSIDETIS, ne dit pas qu'elle s'appliquât aussi à l'interdit UTRUBI ; mais la similitude de situation peut faire conjecturer qu'elle y avait lieu aussi, ou du moins qu'il s'y passait quelque chose d'analogue.

**2334.** Du reste, nous avons suffisamment expliqué comment, lorsque la forme des jugements qu'on appelait autrefois *extraordinaires* est devenue la forme commune, les interdits ont dû perdre leur caractère, et donner lieu seulement à des actions, comme si l'interdit avait été prononcé par le magistrat. Les gageures préalables *per sponsionem* et toutes les autres institutions spéciales au système formulaire étant tombées en même temps en désuétude, on voit qu'il n'est presque plus rien resté de cette procédure particulière des interdits que nous venons de décrire.

---

(1) Nous disons *jusqu'à un certain point*, parce qu'en définitive, si l'adversaire se refusait à faire cette restitution, tout se réduirait à une condamnation pécuniaire contre lui ; tandis que dans la procédure *per formulam arbitrariam*, on pourrait l'y contraindre, au besoin, *manu militari*. — (2) GAI. 4. § 166. — (3) GAI. 4. § 169. — (4) C'est ainsi que nous croyons pouvoir expliquer simplement le texte de Gaius relatif à ces actions. Les explications qu'en ont données ZIMMERN, et même WALTER, moins éloigné de la vérité, ne nous paraissent nullement satisfaisantes. — Nous sommes porté à croire que le *judicium Cascellianum* et le *judicium fructuarium* étaient tous deux au nombre des actions *arbitraires*, puisqu'ils avaient le caractère restitutoire. C'était ainsi qu'on parvenait, bien que les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI fussent seulement prohibitoires, à tenir compte des restitutions qui devaient en être la suite.

## TITULUS XVI.

### DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent : quod et nobis studio est. Ideoque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

## TITRE XVI.

### DE LA PEINE DES PROCÈS TÉMÉRAIRES.

Remarquons ici que les gardiens de la législation ont toujours apporté un grand soin à empêcher qu'on ne se jetât trop facilement dans les procès; et telle est aussi notre sollicitude. Le meilleur moyen d'y parvenir consiste à réprimer la témérité soit des demandeurs, soit des défendeurs, tantôt par une peine pécuniaire, tantôt par la religion du serment ou par la crainte de l'infamie.

2335. Le mot calomnie (*calumnia*), chez les Romains, s'appliquait non-seulement aux accusations criminelles portées sciemment contre un innocent, mais encore aux procès civils entrepris ou soutenus de mauvaise foi, avec la connaissance qu'on n'a aucun droit. Gaius nous en donne la définition. La calomnie, dit-il, de même que le crime de vol, consiste dans l'intention (*in adfectu est*). Celui-là s'en rend coupable qui sait qu'il agit sans droit, mais qui intente son action pour opprimer son adversaire, fondant l'espoir du succès plutôt sur l'erreur ou sur l'iniquité du juge que sur la vérité : « Qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis (1). » Cette expression de calomnie, quoiqu'elle concernât plus spécialement le demandeur, s'appliquait aussi au défendeur.

Différents moyens pour prévenir ou pour réprimer les procès ainsi intentés ou soutenus par calomnie, existaient dans le droit romain.

2336. Contre le défendeur, c'était, à l'époque de Gaius, dans certains cas, la *sponsio ;* dans d'autres, une peine pécuniaire; à défaut, le serment (*jusjurandum*); quelquefois l'infamie (*ignominia*).

La *sponsio* était une sorte de gageure, une sorte d'amende qui avait remplacé, dans le système formulaire, la consignation de l'action de la loi *per sacramentum,* et par laquelle il était permis au demandeur, dans certaines actions, de provoquer le défendeur en ce sens que celui des deux qui serait condamné payerait cette amende à l'autre (2). (Voy. ci-dessus, n° 1917).

La peine pécuniaire consistait en ce que, dans certaines actions, la condamnation devait être du double contre le défendeur, mais

(1) Gai. 4. 178. — Voir aussi Théophile, *hic*. — (2) Telles étaient l'action *de pecunia certa credita,* où la *sponsio* devait être du tiers, et celle *de pecunia constituta,* où elle était de moitié. (Gai 4. 171.) Cette *sponsio* pouvait tenir lieu des intérêts, qui n'étaient point dus dans la *condictio acti*. Tels étaient encore les procès des interdits prohibitoires. (Gai. 4. 141. — Voir ci-dessus, n$^{os}$ 2322 et suiv.)

seulement s'il avait nié et contesté (*adversus inficiantem duplatur; — lis inficiando crescit*). Et, dans d'autres, elle devait être du double, du triple ou du quadruple, dès le principe, soit qu'il eût nié ou non, par la seule nature de l'action (*statim ab initio pluris quam simpli est actio*). Dans la première classe se rangeaient les actions : *judicati, depensi, damni injuriæ, legatorum per damnationem relictorum;* dans la seconde, par exemple, les actions *furti manifesti,* pour le quadruple ; *concepti et oblati,* pour le triple ; *nec manifesti,* pour le double (1).

Le serment était employé lorsque aucune des garanties que nous venons d'indiquer n'existait ; c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait ni *sponsio,* ni action se doublant par la dénégation, ni action dépassant le simple par sa seule nature. Alors le préteur permettait au demandeur d'exiger du défendeur le serment qu'il ne soutenait pas le procès par esprit de calomnie (*non calumniæ causa se inficias ire*) (2).

Enfin certaines actions emportaient infamie pour le défendeur qui succombait (tom. I, *Génér.,* nos 75 et suiv.; — tom. II, n° 284, et ci-dess., nos 1169, 1546, 1553, 2145).

2337. Contre le demandeur, les moyens de prévenir les procès téméraires ou de réprimer la calomnie étaient, tantôt l'action de calomnie (*calumniæ judicium*) ; dans certains cas l'action contraire (*contrarium judicium*) ; dans d'autres la restipulation (*restipulatio*), ou bien le serment (*jusjurandum*) (3).

L'action de calomnie (*calumniæ judicium*) pouvait avoir lieu dans tous procès, contre le demandeur, sur le motif que sa demande était faite ou avait été faite de mauvaise foi et sciemment, par esprit de calomnie, en prenant ce mot dans le sens que nous venons d'y attribuer (n° 2335). La peine était d'un dixième de la cause à l'égard des actions, et d'un quart à l'égard des interdits (4). Ce *judicium calumniæ* pouvait être intenté par le défendeur soit en opposition à la demande même, durant le procès principal ; soit, comme le dit la paraphrase de Théophile (*hic,* § 1), après que l'affaire avait été jugée et que le demandeur avait perdu son procès.

L'action contraire (*contrarium judicium*) n'avait lieu que dans certaines actions ou dans certains interdits déterminés, pour faire condamner le demandeur tantôt au dixième, tantôt au cinquième de la cause, par cela seul qu'il avait succombé, sans examiner si c'était sciemment, par esprit de calomnie ou non, qu'il avait

(1) GAI. 4. 171 et 173. — (2) GAI. 4. 172. — Nous voyons, dans ce passage, qu'à l'égard des héritiers, des femmes, des pupilles, il y avait ordinairement remise de l'augmentation du double, ou de la *sponsio,* et qu'on les soumettait simplement au serment. — (3) GAI. 4. 174. — (4) GAI. 4. 175. — Peut-être faudrait-il lire, à l'égard des interdits, un *cinquième* au lieu d'un *quart* (*quintæ* au lieu de *quartæ*). M. Éverard Dupont, qui émet cette opinion (page 136 de sa *Dissertation*), en donne des raisons assez plausibles.

intenté le mauvais procès (1). Ainsi, dans ces cas particuliers, on était plus sévère.

La *restipulatio* était à l'égard du défendeur ce que la *sponsio* était à l'égard du demandeur. L'une était la réciproque de l'autre, d'où résultait l'engagement mutuel de chacune des parties à payer la somme dite en cas de perte du procès (ci-dessus, n° 1917). Ici, de même que dans le *contrarium judicium*, on n'examinait pas s'il y avait eu sciemment esprit de calomnie : par cela seul que la partie succombait, elle encourait la peine (2).

Enfin, dans tous ces cas, le défendeur avait le choix d'exiger simplement du demandeur le serment préalable qu'il n'agissait pas par calomnie (*non calumniæ causa agere*) (3). Mais s'il avait choisi le moyen du serment préalable, il ne pouvait plus revenir aux autres (4).

2338. Cet historique nous fera comprendre facilement les paragraphes suivants, qui nous exposent la législation sur ce point, telle qu'elle était parvenue sous Justinien. A cette époque, la *sponsio*, l'action de calomnie, l'action contraire et la *restipulatio* étaient tombées en désuétude. En conséquence, le serment (*jusjurandum*), destiné à les suppléer, avait pris une grande extension. Les Instituts de Justinien, comme ceux de Gaius, commencent par exposer d'abord les moyens relatifs au défendeur, et ensuite ceux qui concernent le demandeur.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur, *ex constitutione nostra* defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad contradicendum pervenit. Et adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli *vel tripli* actio constituitur : veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio : veluti, furti, manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, *quod alia nostra constitutione comprehensum est*. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit : quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod nunquam factum esse invenimus. Sed

1. Et d'abord, *en vertu de notre constitution*, le serment est déféré à tous ceux qui sont actionnés. En effet, le défendeur n'est admis dans sa défense qu'après avoir juré que, s'il vient contredire, c'est dans la persuasion de la bonté de sa cause. En outre, dans certaines affaires, l'action est portée au double *ou même au triple*, contre ceux qui ont nié. Tels sont les cas de dommage causé injustement, ou de legs faits aux établissements pieux. Il est d'autres cas où, dès le principe, l'action dépasse le simple : par exemple, ceux de vol manifeste, pour le quadruple; et de vol non manifeste, pour le double; car, dans ces affaires et quelques autres semblables, que le défendeur nie ou avoue, l'action est toujours plus que du simple. A l'égard du demandeur, la calomnie est également réprimée; car notre constitution le soumet également au serment sur la calomnie. Enfin les avocats de chaque partie doivent aussi le serment prescrit *par une autre de nos constitutions*. Toutes ces formalités

(1) Gai. 4. 177 et suiv. — (2) *Ib*. 180 et 181. — (3) *Ib*. 176. — (4) *Ib*. 179.

pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

ont été introduites pour remplacer l'ancienne action en calomnie, qui est tombée en désuétude; car elle frappait le demandeur de la peine du dixième de la valeur du litige, or nous n'avons jamais vu cette peine appliquée. Mais à sa place on a introduit, et le serment dont nous venons de parler, et l'obligation, pour le plaideur de mauvaise foi, de payer à son adversaire les dommages et les frais.

2339. *Ex constitutione nostra*. Cette constitution est insérée dans le Code de Justinien. Elle contient le serment imposé au défendeur, et celui imposé au demandeur (1).

*Vel tripli*. Le texte semble dire que la dénégation pouvait entraîner, dans certains cas, une condamnation au triple (*adversus inficiantes... dupli vel tripli*). Les commentateurs conviennent qu'ils ne connaissent aucun exemple du triple. En effet, c'est une erreur de rédaction, dans les Instituts de Justinien, d'avoir fait rapporter le mot *tripli* à ceux qui précèdent : *adversus inficiantes*. Il est facile de s'en convaincre par la lecture des Instituts de Gaius, d'où notre paragraphe a été tiré, et où le mot *tripli*, qui fait allusion aux actions *furti concepti* et *oblati*, se rapporte aux cas dans lesquels la condamnation est, dès son origine, plus que du simple (2); c'est une erreur que Théophile n'a point commise dans sa paraphrase (3).

*Quod alia nostra constitutione comprehensum est*. C'est la constitution 14, § 1, au livre 3, titre 1 du Code de Justinien. Nous y retrouvons ce que devait contenir ce serment des avocats (*patroni causarum*), prêté, comme les autres, sur les saints Évangiles.

II. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt : veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, *directis*, *non contrariis* actionibus; pro socio quæ ab utraque parte directa est; et ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, *sed etiam pacti : et recte*. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

2. Dans certaines actions, la condamnation est infamante; par exemple, dans celles de vol, de rapt, d'injures, de dol : de même dans les actions de tutelle, de mandat, de dépôt, *directes*, *mais non contraires*. Également dans l'action *pro socio*, qui est directe de part et d'autre, et où, par conséquent, la condamnation est infamante pour l'associé condamné, quel qu'il soit. Mais à l'égard des actions de vol, de rapt, d'injures et de dol, non-seulement la condamnation, *mais même la transaction emporte infamie* : il y a loin, en effet, d'être débiteur par un délit, ou de l'être par un contrat.

2340. *Directis, non contrariis*. Et c'est à bon droit, dit Ulpien; car, dans les actions contraires, il ne s'agit point de mauvaise foi,

(1) COD. 2. 59. 2. — (2) GAI. 4. §§ 171 et 173. — (3) THÉOPHILE, *hic*.

mais de comptes qui se règlent en quelque sorte par l'instance : « *Nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere judicio solet dirimi* (1). » En effet, nous savons que, dans les actions contraires, ce n'était pas le tuteur, le mandataire, le dépositaire qui était poursuivi; mais, au contraire, c'était le pupille, le mandant, le déposant, auxquels on demandait les indemnités qui pouvaient être dues pour frais, dépenses ou reliquats de compte. Or, il n'y avait aucune mauvaise foi de la part de ces personnes à ignorer au juste le montant de ces indemnités, et à vouloir les faire régler en justice. — Toutefois Ulpien nous cite un cas dans lequel il y aurait mauvaise foi de la part du mandant, et où, par conséquent, l'action contraire de mandat entraînerait contre lui note d'infamie, savoir : si, refusant de restituer au fidéjusseur la dette que celui-ci a acquittée pour lui, il était condamné par l'action *contraria mandati* (2).

*Sed etiam pacti, et recte.* Parce que, nous dit Paul, la transaction, dans ce cas, emporte l'aveu d'un délit (*quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*) (3).

**III.** Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utque enim imprimis adversarius in jus vocandus est, ad eum qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc præstat honorem ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si ab ipso prætore postulaverint et impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

**3.** L'ordre à suivre dans l'exercice de toute action commence dans cette partie de l'édit où le préteur traite de la citation *in jus*. En effet, il faut avant tout citer son adversaire *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat chargé de la juridiction. Dans cette partie de l'édit, le préteur veut que, par respect pour les ascendants et pour les patrons, et même pour les ascendants et enfants de patrons et patronnes, les enfants et les affranchis ne puissent les appeler *in jus*, si ce n'est après en avoir demandé et obtenu la permission du préteur; et contre ceux qui citeraient autrement, il établit une peine de cinquante sols.

Voir ce qui a été dit ci-dessus, n° 2111, tit. 6, § 12.

## TITULUS XVII. — TITRE XVII.

### DE OFFICIO JUDICIS. — DE L'OFFICE DU JUGE.

2341. Sous ce titre, les Instituts de Justinien donnent quelques détails sur les règles que doit suivre le juge dans les principales actions qui peuvent être portées devant lui.

Les explications si étendues que nous avons déjà données sur les actions nous dispenseront d'en ajouter ici de nouvelles; et il nous suffira, pour l'intelligence des paragraphes suivants, de renvoyer à ce que nous avons déjà dit.

Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem imprimis illud ob-

Reste à traiter de l'office du juge. Et avant tout, son premier devoir est de

(1) Dig. 3. 2. 6. § 7. — (2) *Ib.* § 5. — (3) *Ib.* loi 5.

servare debet judex, ne aliter judicet quam quod *legibus*, aut constitutionibus, aut *moribus* proditum est.

s'attacher à ne jamais juger que *suivant les lois*, les constitutions et *les coutumes*.

2342. *Legibus*. Ce qui doit s'étendre aussi aux sénatus-consultes, *quæ legis vicem obtinent*.

*Moribus*. Ce qui comprend les réponses des prudents; en un mot, tout le droit civil. Sous le système des formules, le droit prétorien n'était pas compris dans cette obligation du juge, mais seulement le droit civil. En effet, c'était au préteur, s'il voulait faire observer quelque disposition du droit honoraire, à y pourvoir par la nature ou par la conception de la formule qu'il donnait. Mais, sous Justinien, où l'on ne donne plus de formule, et où la plupart des dispositions du droit honoraire sont passées en force de loi, cette distinction n'est plus à faire.

Nous avons vu ci-dessus, n° 1783, liv. 4, tit. 5 pr., que la sentence rendue contrairement aux lois était nulle, sans qu'il fût besoin d'appel, en ce sens que le procès pouvait être recommencé.

La peine contre le juge coupable à dessein d'une telle violation des lois était la déportation. « Judex qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur (1). »

I. Ideoque, si noxali judicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus, videtur dominus, ita debeat condemnare : PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO IN DECEM AUREOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEDERE.

1. Par conséquent, dans une action noxale, il doit avoir soin, si le maître lui paraît devoir être condamné, de rédiger ainsi la condamnation : JE CONDAMNE PUBLIUS MÆVIUS ENVERS LUCIUS TITIUS, A DIX SOLS D'OR, OU A FAIRE ABANDON NOXAL.

2343. *In decem aureos condemno*. C'est la condamnation pécuniaire, la véritable condamnation de la sentence; car, quant à l'abandon noxal, il est laissé à la faculté du condamné, et c'est de la loi qu'il tient cette faculté. Aussi l'action *judicati*, si elle avait lieu, ne pourrait-elle porter que sur la condamnation pécuniaire. Nous avons déjà exposé ces principes ci-dessus, n° 2221.

II. Et si in rem actum sit : si contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem; sive contra possessorem, jubere eum debet *ut rem ipsam restituat cum fructibus*. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, et sine frustratione videtur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei : ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. *Et si hereditas petita sit*, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire

2. Dans le cas d'action réelle, s'il juge contre le demandeur, il doit absoudre le possesseur; s'il juge contre le possesseur, il doit lui ordonner *de restituer la chose avec les fruits*. Mais, si le possesseur se dit dans l'impossibilité de faire immédiatement la restitution, et que sa demande d'un délai paraisse sans fraude, elle doit lui être accordée; toutefois, en lui faisant garantir par fidéjusseur l'estimation du litige, pour le cas où la restitution ne serait pas faite dans le délai concédé. *En cas de pétition*

(1) PAUL. *Sent*. 5. 25. 4. — DIG. 48. 10. 1. § 3. f. Marcian.

de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non percepit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum ratio habetur quia culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

*d'hérédité*, il en est à l'égard des fruits comme nous l'avons dit pour la pétition d'objets particuliers. Les fruits que le possesseur a, par sa faute, manqué de percevoir, se comptent à peu près de la même manière dans l'une et dans l'autre action, à l'égard du possesseur de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi, au contraire, ne doit compte des fruits consommés, ni des fruits non perçus. Mais, à dater de la demande, il est dû compte même des fruits non perçus par la faute du possesseur, ainsi que de ceux consommés après la perception.

2344. *Ut rem ipsam restituat cum fructibus*. Il s'agit ici de l'*arbitrium* préalable, qui avait lieu dans les actions arbitraires, par conséquent dans les actions *in rem*, et que nous avons assez expliqué pour que nous n'ayons plus à y revenir. — Remarquons la faculté laissée au juge d'accorder, selon le cas, un délai à la partie, pour obéir à l'*arbitrium*.

*Et si hereditas petita sit*. Voyez à l'égard de la pétition d'hérédité ce que nous en avons dit tome II, n° 830.

III. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit ut exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet : ut tamen caveat se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

3. Dans l'action *ad exhibendum*, il ne suffit pas que le défendeur exhibe la chose, il faut encore qu'il en exhibe la cause telle qu'elle a été soulevée; c'est-à-dire que la cause du demandeur doit être la même que si l'exhibition de la chose avait eu lieu aussitôt après la demande. C'est pourquoi si, pendant les retards, le possesseur a accompli l'usucapion de la chose, il n'en sera pas moins condamné. Le juge doit, en outre, compter les fruits du temps intermédiaire, c'est-à-dire du temps écoulé entre la délivrance de l'action *ad exhibendum* et le jugement. Si le défendeur se dit dans l'impossibilité de faire immédiatement l'exhibition, et que sa demande d'un délai paraisse sans fraude, elle doit lui être accordée, en lui faisant, toutefois, donner caution qu'il restituera. Mais, faute par lui de faire, sur l'ordre du juge, l'exhibition immédiate de la chose, ou d'en cautionner l'exhibition postérieure, il doit être condamné en l'indemnité de tout l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que l'exhibition eût lieu immédiatement.

2345. Il faut rapprocher des dispositions de ce paragraphe sur l'action *ad exhibendum* les notions que nous en avons déjà données tom. II, n° 387; ci-dess., n°s 1992 et suiv., relativement aux

actions arbitraires, n° 2143 et au § 31 des actions. — Nous savons que l'action *ad exhibendum* était au nombre des actions arbitraires, et par conséquent, avant la condamnation, il y avait un *arbitrium* préalable, pour ordonner l'exhibition.

**IV.** Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corruperit aut consumpserit, quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.

**4.** S'il s'agit de l'action *familiæ erciscundæ*, il doit adjuger les objets, chacun séparément, à chaque héritier en particulier, et si l'adjudication paraît plus considérable à l'égard de l'un, il doit, comme nous l'avons déjà dit, le condamner, par compensation, envers son cohéritier, en une somme certaine. Pareille condamnation doit avoir lieu également contre chaque héritier envers son cohéritier pour les fruits héréditaires qu'il aurait perçus seul, ou pour les choses qu'il aurait détériorées ou consommées. Et ces règles sont les mêmes quand il y a plus de deux héritiers.

**V.** Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti de fundo : si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; et si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti si homo forte aut mulus erit de quo actum sit : tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.

**5.** Il en est de même dans l'action *communi dividundo,* lorsqu'il s'agit du partage de plusieurs objets. Mais lorsqu'il n'y a qu'une seule chose, par exemple un fonds, dans ce cas, s'il peut se diviser commodément, le juge doit en adjuger les parts à chacun en particulier. et si la part de l'un paraît plus forte, celui-ci doit, par compensation, être condamné envers l'autre en une somme certaine. Mais si l'objet ne peut se diviser, comme un esclave, un mulet, alors il faut l'adjuger tout entier à un seul, et celui-ci, par compensation, devra être condamné envers l'autre en une somme certaine.

**VI.** Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio : quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari : quo casu, conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines *aliquid malitiose commisit*, verbi gratia, quia lapides finales furatus, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

**6.** Dans l'action en bornage, le juge doit examiner si l'adjudication est nécessaire; et elle ne l'est que dans un seul cas : s'il devient utile de distinguer les champs par des limites plus évidentes que celles qu'ils avaient. Alors, en effet, il est nécessaire d'adjuger à l'un une partie du champ de l'autre; et, par conséquent, l'adjudicataire doit, dans ce cas, être condamné envers l'autre, en une somme certaine. Dans cette action, doit être également condamné celui qui aurait *frauduleusement commis quelque entreprise contre les limites*, par exemple en enlevant les bornes, ou en coupant les arbres qui les distinguent. Enfin on y est aussi condamné pour cause de contumace, par exemple si, malgré l'ordre du juge, on s'est opposé au mesurage des champs.

2346. Renvoyons, pour les trois actions : FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO et FINIUM REGUNDORUM, à ce que nous en avons dit tom. I, *Génér.*, nos 229 et 271; tom. II, nos 299 et 319; ci-dess., nos 1931, 1962, 2119 et suiv., au paragr. 20 des actions. — Nous savons que ces trois actions avaient cela de particulier, qu'elles pouvaient emporter à la fois *adjudication* et *condamnation*.

Ainsi, dans les actions FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, et COMMUNI DIVIDUNDO, il y avait : *adjudication* à chacune des parties de la portion que le juge lui attribuait et dont elle acquérait par ce moyen la propriété exclusive; et, en outre, *condamnation* contre quelques-uns envers quelques autres au payement de certaines sommes, pour compensation en cas d'inégalité des lots, ou bien pour les prestations personnelles dont les cohéritiers ou les copropriétaires pouvaient être redevables entre eux, pour avances ou détériorations sur la chose commune. Il pouvait même arriver que l'action eût uniquement pour but, non pas un partage à opérer, mais la poursuite de ces prestations personnelles, et, dans ce cas, elle ne donnait pas lieu à *adjudication*, mais seulement à *condamnation*.

Quant à l'action FINIUM REGUNDORUM, nous avons déjà vu également, et le texte nous explique de nouveau en quoi consistait la *condamnation*, et comment l'*adjudication* n'y était qu'accidentelle, seulement dans le cas où le juge estimait utile de modifier les limites, et en conséquence d'attribuer à l'un des voisins la propriété d'une partie de terrain appartenant à l'autre, sauf une condamnation pécuniaire contre celui qui se trouvait ainsi avantagé, afin de compenser cet avantage. Nous pouvons remarquer qu'à proprement parler, dans l'ancien droit, on appelait *fines* l'espace vacant, de cinq pieds de large, qui devait être laissé entre les champs (tom. I, *Hist.*, tab. VII, § 4); et que l'action *finium regundorum* avait pour but de faire régler ces confins.

*Aliquid malitiose commisit*. Il y avait en outre, contre le déplacement des bornes, des peines publiques que nous trouvons indiquées au Digeste, liv. 47, tit. 21, *de termino moto*, et qui pouvaient aller jusqu'à la rélégation.

| | |
|---|---|
| VII. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est. | 7. Du reste, toute chose adjugée par suite de ces actions devient immédiatement la propriété de l'adjudicataire. |

Nous savons en effet que l'*adjudication* était, même dès la loi des Douze Tables, un des moyens légaux d'acquérir le domaine romain.

2347. Ajoutons que le juge peut, à cette époque, par suite de la plus grande extension donnée, d'abord par Justin et finalement par Justinien, à l'admissibilité des demandes reconventionnelles, condamner le demandeur comme le défendeur (ci-dess., nos 2171, 4° et 2200).

# RÉSUMÉ DU LIVRE QUATRIÈME.

## (TITRE XIII A XVII.)

---

### *Exceptions. — Répliques, dupliques, etc.*

L'exception est un moyen de défense contre l'action. — C'était véritablement, dans le système des formules, une exception, ou une restriction, mise par le préteur soit à la prétention formulée dans l'*intentio*, soit à la *condemnatio*. — La plupart avaient pour but de faire absoudre le défendeur. Quelques-unes de faire diminuer le montant de la condamnation.

Elles étaient employées lorsque l'action existant en principe et devant être donnée au demandeur, cependant quelque circonstance particulière, alléguée par le défendeur, et dont le juge n'aurait pas pu s'occuper de plein droit, devait, si elle était vraie, emporter absolution, ou restreindre le montant de la condamnation. Le préteur, en faisant exception, pour ce cas, à la prétention du demandeur, donnait ainsi mission au juge de vérifier cette circonstance et d'y avoir égard. — La plupart des exceptions provenaient du droit prétorien; quelques-unes cependant dérivaient de lois, de sénatus-consultes ou de constitutions impériales. — On en trouve quelques-unes qui sont opposées à des actions prétoriennes en vertu du droit civil. — Mais lorsque la nature de l'action emportait par elle-même mission au juge d'avoir égard aux faits allégués, il était inutile de les mettre en exception; ainsi, dans les actions de bonne foi, toutes les exceptions fondées sur la bonne foi étaient sous-entendues de plein droit.

Les exceptions citées par notre texte sont : celles provenant du dol (*exceptio doli mali*); de la violence (*metus causa*), ou de l'erreur : celle du dol est générale; les deux autres cas n'en sont que des spécialités particulières; — les exceptions conçues en fait (*in factum; — in factum compositæ*); ce qui n'est pas une sorte d'exception particulière, mais seulement une forme sous laquelle les exceptions peuvent être conçues; en effet, on dit qu'elles sont conçues en fait, lorsque le préteur a spécifié un fait précis et circonstancié que le juge n'a plus qu'à vérifier. — Telles sont les exceptions de non-numération (*pecuniæ non numeratæ*), du pacte (*pacti conventi*), du serment (*jurisjurandi*), de la chose jugée (*rei judicatæ*).

Les exceptions sont, les unes perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires : ce qui, dans le droit romain, ne doit s'entendre en aucune façon des effets de l'exception une fois proposée en justice et appliquée par le juge, mais seulement de la durée et des effets de l'exception dans les mains du défendeur, lorsque le procès n'a pas encore été engagé. — En ce sens, les exceptions perpétuelles et péremptoires sont celles dont la durée est illimitée, c'est-à-dire qui pourront être opposées au demandeur, à quelque époque qu'il agisse, et qui, par conséquent, périment l'action, puisqu'elles l'empêchent de pouvoir jamais être exercée utilement. — Les exceptions temporaires et dilatoires sont celles que le défendeur n'a que pour un temps; de sorte que, passé ce temps, si le demandeur agit, elles ne peuvent plus lui être opposées :

d'où il suit qu'elles procurent seulement au défendeur un délai durant lequel il ne peut être attaqué utilement. — Mais toutes les exceptions, tant péremptoires que dilatoires, avaient cela de commun, que si l'action était intentée mal à propos et qu'elle fût repoussée par une de ces exceptions, même dilatoires, elle l'était pour toujours, parce que, ayant été déduite en justice et consommée, elle ne pouvait plus y être reproduite. Cependant Justinien modifie ce point à l'égard des exceptions dilatoires: les délais que le demandeur a méprisés seront seulement doublés, et tous les frais à sa charge.

Certaines exceptions sont dilatoires à raison de la personne : telles sont celles qu'on nomme *procuratoires*, et qui sont fondées sur l'incapacité du procureur par lequel on agit.

De même que l'action, l'exception peut, à son tour, être repoussée par une réplique (*replicatio*), qui n'est qu'une exception contre l'exception : celle-ci par la triplique (*triplicatio*), et ainsi de suite.

Certaines exceptions profitent non-seulement au débiteur, mais à tous ceux qui sont tenus pour lui, et à ses successeurs; d'autres lui sont exclusivement personnelles et ne peuvent être invoquées que par lui. Telles sont celles de la cession des biens, du pacte personnel, du bénéfice de compétence.

### *Interdits.*

L'interdit était un décret, un édit rendu sur la demande d'une partie, par un magistrat du peuple, le préteur, ou, dans les provinces, le proconsul, pour ordonner ou défendre impérativement quelque chose. C'était, à proprement parler, un édit particulier, un édit entre deux personnes : *inter duos edictum,* d'où *interdictum :* de manière à suppléer à l'absence de loi générale, par les ordres particuliers du magistrat.

Les interdits s'employaient dans les matières placées plus spécialement sous l'autorité publique : telles que la conservation ou l'usage des choses de droit divin ou religieux, des choses communes ou publiques; et, quant aux choses privées (*rei familiaris causa*), dans les contestations urgentes, qui, pouvant amener des rixes ou voies de fait, appellent l'intervention immédiate de l'autorité : telles que celles sur la possession et sur la quasi-possession.

L'affaire n'était terminée par l'interdit qu'autant que celui contre qui il avait été donné s'y soumettait. Sinon, il y avait procès; on était renvoyé devant un juge, avec une action conçue d'après l'interdit.

Les interdits sont prohibitoires, restitutoires ou exhibitoires, selon qu'ils contiennent une défense, ou bien un ordre de restituer ou d'exhiber. Cette division est la première et la plus générale.

Ceux relatifs à la possession se divisent en interdits : 1° pour acquérir (*adipiscendæ*), 2° pour retenir (*retinendæ*), 3° pour recouvrer (*recuperandæ possessionis*), et 4° interdits doubles, en ce sens qu'ils se donnent tant pour faire acquérir que pour faire recouvrer la possession (*tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*). Cette division n'est que secondaire, et propre seulement aux interdits possessoires. — Dans la première classe, notre texte cite les interdits QUORUM BONORUM et SALVIANUM; — dans la seconde, UTI POSSIDETIS et UTRUBI; — dans la troisième, UNDE VI; — dans la quatrième, nous savons par un fragment d'Ulpien, récemment découvert, et par les fragments du Vatican, qu'il y avait les interdits QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM, QUEM USUMFRUCTUM.

Une troisième division des interdits les distingue en simples ou doubles : les premiers, dans lesquels les contestants sont, l'un demandeur, l'autre défendeur; les seconds, doubles en ce sens que les contestants y sont l'un et l'autre demandeur et défendeur tout à la fois.

Depuis la suppression du système des formules, et de ce qu'on nommait autrefois la juridiction ordinaire, on ne rend plus d'interdits; mais on agit directement devant le juge, comme si de l'interdit naissait une action utile. Ainsi, les interdits ont été remplacés par des actions.

### *Peines contre les plaideurs téméraires.*

Les moyens de prévenir ou de réprimer les procès téméraires ou la calomnie sont, au temps de Justinien, le serment (*jusjurandum pro calumnia*), tant à l'égard du demandeur que du défendeur et de leurs avocats; et en outre, contre le défendeur : dans certaines actions, le doublement de la condamnation, encouru pour avoir nié (*adversus inficiantes*); dans d'autres, la condamnation au double, au triple ou au quadruple, attachée dès le principe à la nature même de l'action, soit que le défendeur ait nié, soit qu'il ait confessé; enfin, dans quelques-unes, l'infamie en cas de condamnation; ou même en cas de transaction, s'il s'agit de vol, de violence, de dol ou d'injures. — La nécessité d'une autorisation préalable, pour agir contre un ascendant ou un patron, doit encore être rangée au nombre de ces moyens.

### *Office du juge.*

Le juge est obligé de prononcer selon les lois; sinon la sentence est nulle, même sans appel, et il peut être passible d'une peine publique. Le texte applique ce principe aux cas des actions : noxales, *in rem*, *ad exhibendum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*.

---

## TITULUS XVIII.

### DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publica judicia *neque per actiones ordinantur,* neque omnino quidquam simile habent cum cæteris judiciis de quibus locuti sumus : magnaque diversitas est eorum et in instituendo et in exercendo.

## TITRE XVIII.

### DES ACCUSATIONS PUBLIQUES.

Les procédures publiques *ne s'organisent pas par des actions;* et elles n'ont aucun point de ressemblance avec les autres procédures dont nous avons parlé. Il y a entre elles une grande différence, soit quant à leur introduction, soit quant à leur poursuite.

**2348.** La procédure criminelle et le droit pénal des Romains seraient un sujet digne de toute notre attention, et il y aurait assurément le plus haut intérêt à les exposer dans tous leurs développements d'histoire et de législation; mais ce n'est pas ici la place d'un pareil traité. Les Instituts de Gaius ne contenaient rien sur cette matière; ceux de Justinien se bornent à en donner quelques idées sommaires (1). D'ailleurs, à cette époque, la pro-

---

(1) Nous trouvons dans les *Sentences* de Paul une série de titres qui se

cédure criminelle était complétement déchue, et le droit pénal bien modifié.

Il me suffira de renvoyer au résumé de leurs vicissitudes historiques, tel que je l'ai tracé tom. I, dans l'histoire de la législation romaine, principalement n[os] 868 et suiv. (1).

2349. Nous avons vu comment s'était établie, dans le septième siècle de la république, l'institution des QUÆSTIONES PERPETUÆ, ou délégations perpétuelles, d'après lesquelles l'accusation publique (*publicum judicium*) avait lieu en vertu d'une loi spéciale qui caractérisait le crime, qui en fixait la peine, et surtout qui en réglait la procédure (tom. I, *Hist.*, n[os] 272 et suiv.), de sorte que, dans cette législation, la procédure criminelle n'était pas générale et uniforme pour tous les crimes; mais elle était spéciale pour chacun d'eux, et réglée par la loi relative à ce crime.

2350. Nous avons aussi remarqué l'origine des différentes lois qui établirent successivement un jugement public contre les divers crimes : de concussion (*de repetundis*); de brigue (*de ambitu*); de vol de deniers publics (*de peculatu*); de lèse-nation (*de majestate*); de plagiat (*de plagio*), etc. (tom. I, *Hist.*, n° 278); et, sous Sylla, contre ceux de faux (*de falsis*) et de meurtre (*de sicariis*) (tom. I, *Hist.*, n° 293).

Chacune de ces lois organisait la peine et la procédure criminelle (*publicum judicium*) contre chacun de ces crimes. Les délits ainsi prévus par une loi spéciale, devenus l'objet d'une *quæstio perpetua*, étaient retirés de l'arbitraire et de l'incertitude primitifs. Ceux auxquels ce système n'avait pas encore été appliqué restaient dans cet arbitraire; et ils faisaient comme par le passé l'objet de procès résolus soit par les comices ou par le sénat, soit par des délégations aux consuls, aux préteurs, ou à des *quæstores* particuliers. Ce fut là ce qu'on nomma *cognitiones extraordinariæ*, *extra ordinem cognoscere*, en matière criminelle.

2351. Nous avons vu comment, sous l'empire, à côté des procédures publiques (*publica judicia*) organisées par une loi spéciale pour chaque crime, se développa toujours davantage la procédure exceptionnelle (*extra ordinem*); notamment contre les faits réprimés par des sénatus-consultes ou par des constitutions, sous le titre de crimes extraordinaires (*extraordinaria crimina*), et jugés le plus fréquemment par le préteur ou par le préfet de la ville conjointement avec le consul (tom. I, *Hist.*, n° 405).

Le nom de *publica judicia* était exclusivement applicable aux

---

rapportent à cette matière (liv. 5, tit. 13 et suiv.). — Elle est traitée : dans le Code Théodosien, au liv. 9; — dans la *Collatio leg. Mos. et Rom.*, tit. 1 jusqu'à 15; — au Digeste, liv. 48; et au Code de Justinien, liv. 9.

(1) Avant la loi des Douze Tables, n° 83; — depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la soumission de toute l'Italie, n° 206; — depuis cette époque jusqu'à l'empire, n[os] 268 et suiv., 316; depuis l'empire jusqu'à Constantin, n° 405; enfin, sous Justinien, n° 472.

premières de ces procédures; les autres se nommaient *extraordinaria judicia* (1).

Et même il arriva qu'à l'égard de certains crimes on ne retint de la loi primitive, qui avait organisé contre eux une peine et une procédure publique, que la pénalité seulement; et on laissa tomber en désuétude la procédure publique, pour les soumettre à la procédure extraordinaire (2).

Tel était l'état de la législation criminelle sous Justinien (t. I, *Hist.*, n° 472). La procédure des *publica judicia* a totalement disparu, et il ne reste plus, des lois qui les avaient organisés, que la pénalité.

2352. *Neque per actiones ordinantur.* C'est-à-dire ce n'était pas par des actions obtenues du préteur, au moyen de formules délivrées par lui, qu'avaient lieu les poursuites criminelles; c'était par voie d'accusation.

**I. Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum *plerumque* datur.**

**I. On les nomme publiques parce que tout citoyen, *en général*, peut les poursuivre.**

2353. Les Romains n'avaient pas imaginé l'institution d'un magistrat chargé de poursuivre, au nom de la société, devant les juridictions criminelles, la répression des crimes. Cette institution, qui constitue le *ministère public*, appartient à l'âge des nations modernes (3). C'est par le droit d'accusation publique, dévolu généralement à tous les citoyens, même pour des faits qui leur étaient personnellement étrangers, que les Romains avaient pourvu à cette nécessité.

Celui qui voulait se porter accusateur devait souscrire, par-devant le préteur ou le proconsul, le libelle d'accusation, précisant le genre de crime, et s'engager à poursuivre l'accusation jusqu'à la sentence (4). Cette formalité avait, entre autres buts, celui de prévenir la légèreté des accusations, et de faire réfléchir l'accusateur à l'engagement qu'il prenait, et aux peines auxquelles il s'exposait, si son accusation était intentée par calomnie (5).

Nous trouvons dans un fragment de Paul l'exemple d'un libelle d'accusation : « *Consul et dies* (c'est-à-dire la date). *Apud illum prætorem* vel *proconsulem, Lucius Titius professus est se Mæviam lege Julia de adulteriis ream deferre : quod dicat eam cum Gaio Seio, in civitate* illius, *mense* illo, *consulibus* illis, *adulterium commisisse* (6).

*Plerumque.* En effet, certaines personnes n'étaient pas admises au droit général d'accusation; à moins qu'elles ne voulussent

---

(1) Dig. 48. 1. 1. f. Macer. — (2) *Ib.* 8. f. Paul. — (3) J'ai exposé l'origine et l'histoire de cette belle institution dans l'ouvrage que j'ai publié, de concert avec mon ami M. Ledeau, sur le ministère public en France, tom. I, introduction. — (4) Dig. 48. 2. 7. § 1. f. Ulp. — (5) *Ib.* pr. — (6) *Ib.* 3. pr. f. Paul.

poursuivre des crimes commis contre elles ou contre leurs proches. Et cela soit à cause du sexe, comme les femmes, ou de l'âge, comme les pupilles; soit à cause de leur propre délit, comme les personnes notées d'infamie; de leur pauvreté, comme ceux qui possédaient moins de cinquante sous d'or, ou par quelques autres motifs (1).

II. Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. *Capitalia* dicimus quæ ultimo supplicio afficiunt, vel aquæ et ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. *Cætera, si quam infamiam irrogant* cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt non tamen capitalia.

2. Les procédures publiques sont, les unes capitales, les autres non capitales. On nomme *capitales* celles qui emportent le dernier supplice, ou l'interdiction de l'eau et du feu, ou la déportation, ou la condamnation aux mines. Les autres, *si elles emportent l'infamie* avec peine pécuniaire, sont publiques, mais non capitales.

2354. *Capitalia*. Il s'agit ici du sens propre de ce mot, tel qu'il doit être pris en matière criminelle, et non du sens vulgaire qu'on peut y attacher dans le langage ordinaire (V. n° 2028). C'est ce qu'exprime Modestinus en ces termes : « Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est (2). »

*Cætera, si quam infamiam irrogant*. Il y a quelque inexactitude dans ces expressions. En effet, nous savons que plusieurs actions, qui étaient privées et non publiques, emportaient infamie pour le défendeur condamné (voy. ci-dess., n° 2332). D'un autre côté, un fragment du jurisconsulte Macer nous apprend que les condamnations pour crimes n'emportaient pas toutes infamie. Il fallait distinguer entre les *judicia publica* et les *judicia extraordinaria :* les premiers emportaient toujours infamie; les seconds, seulement lorsqu'ils avaient lieu pour un crime ou un délit à l'égard desquels l'action privée elle-même eût été infamante. Ainsi, si l'on poursuivait par la voie criminelle extraordinaire (*extra ordinem*) un délit de vol, de violence, d'injure, la condamnation criminelle, bien que non organisée par un *judicium publicum,* emportait infamie, parce que la condamnation civile elle-même aurait produit cet effet (3).

III. Publica autem sunt hæc : lex Julia *majestatis*, quæ in eos qui contra imperatorem vel rempublicam *aliquid moliti sunt*, suum vigorem extendit. Hujus pœna animæ amissionem sustinet, et memoria rei *etiam post mortem damnatur*.

3. Dans les procédures publiques sont : la loi Julia *sur le crime de lèse-majesté*, qui atteint les personnes *coupables de machinations* contre l'empereur ou contre la république. La peine est la perte de la vie; et la mémoire du coupable *est condamnée même après sa mort*.

2355. Cette loi Julia majestatis (4) est attribuée à Jules César, et non pas à Auguste (5).

(1) *Ib.* 1. f. Pomp.; 2. f. Papin; 8. Macer., et suiv. — (2) Dig. 50. 16. *De verborum significatione*. 103. — (3) Dig. 48. 1. 7. — (4) *Ib.* 4. *Ad legem Juliam majestatis*. — (5) Cicér. *Philipp*. 1. 9.

*Aliquid moliti sunt.* Le simple projet (*qui cogitaverit*) est puni aussi sévèrement que la consommation du crime (1). Du reste, dans la législation criminelle des Romains, cette règle n'est pas spéciale au crime de *lèse-majesté* : elle paraît plus étendue, du moins en ce qui concerne la tentative dont l'issue criminelle n'a pas été réalisée. « Divus Hadrianus, nous dit Callistrate, in hæc verba rescripsit : in maleficiis voluntas spectatur, non exitus (2). »

*Etiam post mortem damnatur.* Nous avons expliqué cette particularité (ci-dess., n° 1002, liv. 3, tit. 1, § 5).

IV. Item lex JULIA *de adulteriis coercendis*, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum *gladio punit*, sed et eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege JULIA etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus : si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum ; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

4. De même, la loi JULIA *sur la répression des adultères*, qui *punit de mort* non-seulement ceux qui souillent la couche d'autrui, mais encore ceux qui se livrent à d'infâmes débauches avec des hommes. La même loi punit aussi la séduction exercée sans violence sur une fille ou sur une veuve de mœurs honorables. La peine est contre les coupables, s'ils sont de condition honorable, la confiscation de la moitié de la fortune ; s'ils sont de basse condition, une peine corporelle avec relégation.

2356. La loi JULIA DE ADULTERIIS (3) appartient au règne d'Auguste (an 736 ou 737). La peine qu'elle portait était seulement celle d'une confiscation partielle contre la femme et son complice, et de leur relégation chacun dans une île différente (4). Ce fut Constantin qui établit la peine de mort, adoucie ensuite par Justinien (5). La concubine qui, en se donnant en concubinage, n'avait pas perdu le nom de *matrone*, par exemple l'affranchie concubine de son patron, pouvait être poursuivie pour adultère (6).

V. Item lex CORNELIA *de sicariis*, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Gaius noster in interpretatione legum Duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur; sed et omne significatur quod manu cujusdam mittitur. Sequitur ergo ut lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur : dictumque ab eo quod in longinquum mittitur : a græca voce ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. Et hanc significationem invenire possumus et in græco nomine. Nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit;

5. De même, la loi CORNELIA *contre les sicaires*, qui frappe d'un fer vengeur les homicides, ou ceux qui marchent, armés d'un trait, au meurtre d'un homme. Par trait, selon ce qu'a écrit notre Gaius dans son interprétation sur la loi des Douze Tables, on désigne communément celui qui est lancé par un arc ; mais ce mot désigne également tout ce qui se lance à la main. Ainsi, une pierre, du bois, du fer, sont compris dans cette dénomination, car elle vient de ce que la chose est lancée au loin, par dérivation du mot grec τηλοῦ (loin) ; aussi trouvons-nous la même signification dans l'expression grecque, car ce que nous appelons *telum*, ils le

(1) COD. 9. 8. 5. const. Arcad. et Honor. — (2) DIG. 48. 8. 14. — (3) DIG. 48. 5. *Ad legem Juliam de adulteriis*. — (4) PAUL. *Sent.* 2. 26. 14. — (5) COD. 9. 9. 30. Nov. 117. c. 15, et 134. c. 10. — (6) D. 23. 2. *De ritu nupt.* 41. § 1.

Καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφένδοναι, πλεῖστοί δε καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis quam susurris magicis, homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.

nomment βέλος, du mot βάλλεσθαι (jeter). C'est ce que nous apprend Xénophon, quand il nous dit : On apporta des projectiles (βέλη), des lances, des flèches, des frondes et une grande quantité de pierres. Les sicaires sont ainsi nommés de *sica*, qui signifie poignard. La même loi punit de mort les empoisonneurs qui, par des artifices odieux, des poisons et des charmes magiques, auraient donné la mort à un homme, ou qui auraient vendu publiquement des médicaments nuisibles.

2357. Cette loi CORNELIA DE SICARIIS ET VENEFICIS, ou simplement CORNELIA DE SICARIIS (1), se classe sous la dictature de Cornélius Sylla (an de R. 672 ou 673). Nous avons eu plus d'une fois occasion d'en parler dans le cours de cet ouvrage. C'est probablement cette même loi qui contenait quelques dispositions relatives à certaines injures (voy. ci-dess., nº 1775, liv. 4, tit. 4, § 8).

VI. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ POMPEIA *de parricidiis* vocatur : qua cavetur ut, si quis parentis aut filii, aut omnino adfectionis ejus quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit; sive clam, sive palam id ausus fuerit; necnon is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur, et neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia solemni pœna subjiciatur : sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia, et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat; et ei cœlum superstiti, et terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

6. Une autre loi, la loi POMPEIA *sur les parricides*, punit le plus épouvantable des crimes par un supplice tout particulier. D'après cette loi, celui qui aurait hâté la mort de son père, de son fils, ou de toute autre personne de sa parenté dont le meurtre est compris sous la dénomination de parricide, soit qu'il l'ait osé ouvertement ou secrètement, de même l'instigateur ou le complice de ce crime, fût-il étranger à la famille, seront frappés de la peine du parricide. Ce ne sera ni par le glaive, ni par le feu, ni par aucune autre peine ordinaire : mais cousu dans un sac avec un chien, un coq, une vipère et un singe; renfermé dans cette prison venimeuse, il sera, suivant la nature des lieux, jeté dans la mer ou dans un fleuve, afin que l'usage de tous les éléments commence à lui manquer même avant sa mort, que le ciel soit dérobé à ses yeux et la terre à son cadavre. Celui qui aurait tué d'autres personnes unies à lui par cognation ou par alliance subira la peine de la loi *Cornelia* sur les sicaires.

2358. La loi POMPEIA DE PARRICIDIIS (2) paraît devoir être placée l'an de Rome 701, sous le consulat de Cn. Pompée. Le supplice dont elle frappe le parricide n'est pas nouveau : il dérive des temps antiques et de la loi des Douze Tables, selon ce que

(1) DIG. 48. 8. *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*. — (2) DIG. 48. 9. *De lege Pompeia de parricidiis*.

nous avons déjà dit dans l'histoire de la législation (tom. I, n° 136). Il n'a été ni exclusivement ni toujours appliqué au parricide. Sous le mot de *parricide*, la loi Pompeia n'avait pas compris seulement le meurtre d'un ascendant, mais encore celui d'un collatéral jusqu'au degré de cousin, ou d'un allié en ligne directe, au premier degré, ou enfin d'un patron ou d'une patronne. Il en était de même du meurtre des enfants commis par la mère ou par l'aïeul, mais non par le père (1).

**VII.** Item lex CORNELIA *de falsis*, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit; quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege de sicariis et veneficiis servatur; in liberis vero deportatio.

**7.** La loi CORNELIA *sur les faux*, nommée aussi *testamentaire*, punit celui qui aurait écrit, scellé, lu, représenté un testament ou tout autre acte faux; et celui qui aurait fait, gravé ou apposé un faux cachet, sciemment et à mauvaise intention. La peine est, contre les esclaves, le dernier supplice, de même que dans la loi sur les sicaires et les empoisonneurs; et contre les hommes libres, la déportation.

2359. C'est la loi CORNELIA DE FALSIS (2), ou CORNELIA TESTAMENTARIA, ou bien encore, comme l'appelle Cicéron, CORNELIA TESTAMENTARIA NUMMARIA, parce que les faux en matière de testaments ou de monnaie étaient compris dans ses prévisions pénales. Elle a été portée, comme la loi *Cornelia de sicariis* (3), sous la dictature de Cornelius Sylla. Nous en avons déjà parlé plus d'une fois dans le cours de nos explications.

**VIII.** Item lex JULIA *de vi publica seu privata* adversus eos exoritur qui vim vel armatam vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis redarguatur, deportatio ei ex lege JULIA de vi publica irrogatur : si vero sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt capite puniuntur, secundum nostræ constitutionis definitionem ex qua hoc apertius est scire.

**8.** La loi JULIA, *sur la violence publique ou privée*, s'élève contre les coupables de violence à main armée ou sans armes. Contre la violence à main armée, la peine infligée par la loi *Julia* sur la violence publique est la déportation. Contre la violence faite sans armes, c'est la confiscation du tiers des biens. Mais en cas de rapt, par violence, d'une fille, d'une veuve, d'une religieuse ou d'une autre femme, le ravisseur et ses complices sont punis de mort, aux termes de notre constitution, où l'on pourra trouver de plus longs détails sur ce point.

2360. L'origine de cette loi JULIA DE VI PUBLICA ET PRIVATA (4) reste incertaine pour nous entre l'époque de César et celle d'Auguste. Il est bon de consulter ce que nous en apprennent les

(1) DIG. 48. 9. 1. f. Macer., 3 et 4. — (2) DIG. 48. 10. *De lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano*. — (3) CICÉR. *Verr.* 2. 1. 42. — (4) DIG. 48. tit. 6. *Ad legem Juliam de vi publica*; tit. 7. *Ad legem Juliam de vi privata*. De ces deux titres différents, on pourrait être induit à conclure qu'il y avait deux lois Julia, l'une sur la violence publique, l'autre sur la violence privée; mais ce serait à tort, selon nous.

titres du Digeste et les Sentences de Paul, surtout pour bien marquer la distinction entre la violence publique et la violence privée (1).

IX. Item lex JULIA *peculatus* eos punit, qui pecuniam, vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniantur : et non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjungantur.

9. La loi JULIA *sur le péculat* punit ceux qui ont volé des deniers ou des objets publics, sacrés ou religieux. Si ce sont des magistrats qui, dans le temps de leur administration, ont soustrait les deniers publics, ils sont punis de mort, ainsi que leurs complices et les recéleurs de ce vol; toute autre personne tombée sous le coup de cette loi est punie de la déportation.

La loi JULIA PECULATUS (2) doit encore être attribuée soit à César, soit à Auguste : nous ignorons auquel. Le crime de *péculat* est le crime de vol ou de détournement à son profit des deniers publics, sacrés ou religieux.

X. Est inter publica judicia lex FABIA *de plagiariis*, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

10. Il y a encore la loi FABIA *sur les plagiaires*, qui inflige, dans certains cas, la peine capitale, suivant les constitutions; et, dans d'autres, une peine plus légère.

2361. L'origine de la loi FABIA DE PLAGIARIIS (3) nous est inconnue; nous savons seulement qu'elle n'est pas postérieure au temps de Cicéron, puisqu'il en est fait mention dans l'une de ses harangues (4). Est passible de cette loi celui qui, de mauvaise foi (*dolo malo*), a recélé, mis ou tenu dans les fers, vendu, donné ou acheté un citoyen romain, ingénu ou affranchi, ou même un esclave d'autrui, sans le consentement de son maître, car la loi a un second chef relatif à ce cas (5).

XI. Sunt præterea publica judicia, lex JULIA *de ambitu*, lex JULIA *repetundarum*, et lex JULIA *de annona*, et lex JULIA *de residuis*, quæ de certis capitulis loquuntur, et animæ quidem amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos subjiciunt qui præcepta earum neglexerint.

11. Parmi les procédures publiques, sont encore : la loi JULIA *sur la brigue*, la loi JULIA *sur les concussions*, la loi JULIA *sur les vivres*, la loi JULIA *sur les rétentions de compte*, qui sont relatives à certains faits spéciaux, et qui ne portent pas la peine de mort, mais d'autres peines, contre les contrevenants.

2362. JULIA DE AMBITU (6) : portée sous Auguste (7) contre les manœuvres ou brigues illicites employées à acheter, à violenter ou à corrompre les suffrages pour se faire nommer aux fonctions publiques. Plusieurs autres lois avaient été successivement ren-

(1) PAUL. *Sent*. 5. 26. — (2) DIG. 48. 13. *Ad legem Juliam peculatus, et de sacrilegiis, et de residuis*. — (3) *Ib*. 48. 15. *De lege Fabia de plagiariis*. — (4) CICÉR. *Pro Rabirio*. 3. — (5) Collatio leg. Mos. et Rom. 14. § 3. f. Ulp. — Paul. *Sent*. 5. 30. *b*., § 2. — (6) DIG. 48. 14. *De lege Julia ambitus*. — (7) Sueton. *Octavian*. 34.

dues sur le même sujet avant la loi *Julia*. Elle était devenue, dans la suite, presque inapplicable, puisque les charges et les honneurs étaient donnés par le prince.

Julia repetundarum (1) : portée sous Jules César contre tout juge, magistrat ou fonctionnaire public qui aurait reçu de l'argent ou tout autre prix pour ne pas faire ce que les devoirs de sa charge lui imposaient, pour faire plus ou moins, ou même pour s'y conformer.

Julia de annona (2). On ne sait si elle appartient à César ou à Auguste. Le mot *annona,* qui signifie spécialement le froment, désigne ici toute espèce de vivres. La loi punit les coalitions ou manœuvres quelconques qui auraient pour but d'en empêcher les arrivages ou d'en faire hausser le prix.

Julia de residuis. Elle se rattache, par l'analogie de la matière, à la loi *Julia peculatus* (3), et l'on ignore pareillement si elle doit être attribuée à César ou à Auguste. Elle punit ceux qui retiendraient indûment les deniers publics dont ils seraient comptables par suite de location, achat ou autres causes, ou qui leur auraient été confiés pour un usage quelconque auquel ils ne les auraient pas employés (4).

**XII.** Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito, et quasi per indicem, ea tetigisse; alioquin diligentior eorum scientia vobis ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

**12.** Mais cet exposé sur les procédures publiques n'a eu d'autre but que de vous les montrer en quelque sorte du doigt, et comme par indication. Du reste, c'est dans les livres plus étendus du Digeste ou des Pandectes que vous devez, avec l'aide de Dieu, en acquérir une connaissance plus profonde.

(1) Dig. 48. 11. *De lege Julia repetundarum.* — (2) *Ib.* 12. *De lege Julia de annona.* — (3) *Ib.* 13. *Ad legem Juliam peculatus, et de sacrilegiis, et de residuis.* — (4) *Ib.* 2. f. Paul. — 4. §§ 3, 4 et 5. f. Marcian. — 9. § 6. f. Paul.

Nos lecteurs consulteront avec fruit, sur le sujet dont traite ce dernier titre des Instituts, le livre succinct de M. Ferdinand Walter, dont M. Picquet-Damesme, alors chargé du cours de droit criminel à la Faculté de droit de Grenoble, a donné une traduction en 1863. Paris, br. in-8°.

# APPENDICES DU LIVRE III

---

## APPENDICE I. (Nos 1008, 1015, 1181.)

### DE LA FAMILLE CIVILE ET DE LA FAMILLE NATURELLE.

L'histoire du droit romain nous présente une lutte incessante et continue entre la famille ou la parenté civile, et la parenté ou la famille naturelle. Les phases diverses de cette lutte ont toujours tourné à l'avantage de la famille naturelle, dont le triomphe à la fin a été presque complet. On cherche, pour ainsi dire, dans le dernier état du droit romain, ce qui reste de la famille civile et de la puissance paternelle, sur laquelle elle reposait.

Essayons de décrire la destinée, la décadence de la famille agnatique. Nous rattachons cette étude à la matière des successions *ab intestat,* parce que nous aurons beaucoup d'emprunts à faire à cette matière. Nous montrerons ainsi l'influence, sur l'ordre des successions, des changements accomplis dans l'organisation de la famille.

La constitution de la famille romaine entraîne des conséquences:

Quant à l'état des personnes;

Quant à la propriété des biens;

Quant à l'hérédité.

Rappelons l'état primitif de la législation. La famille civile est une société qui a un chef, investi d'une juridiction, même criminelle, sur les personnes membres de la famille.

Cette société, gouvernée par un *paterfamilias,* a un patrimoine unique, composé des acquisitions faites par ses différents membres.

De ce patrimoine, les fils de famille sont dits copropriétaires; la femme *in manu* est dite *particeps bonorum* (1).

Ce patrimoine est librement géré par le *paterfamilias,* lequel, dans le principe, omnipotent sur les personnes, est omnipotent sur les biens.

En prévision de sa mort, le *paterfamilias* peut disposer par testament de l'universalité du patrimoine de la famille.

Comment le peut-il, n'étant pas seul propriétaire? Le patri-

---

(1) GAIUS. *Com.* 2. § 157. — DENYS D'HALIC. l. 2. c. 25 κοινωνὸν χρημάτων.

moine est, en effet, destiné à passer comme hérédité aux fils de famille qui en ont déjà la copropriété; mais le *paterfamilias,* juge de la conduite de ses enfants, peut les priver de leur part dans le patrimoine commun, comme il pourrait, pour une faute plus grave, les condamner à mort; *quod et occidere licebat.* Toutefois, un fils de famille ne peut disparaître du nombre des héritiers que par l'effet d'une exhérédation. Sorte de sentence pénale, l'exhérédation lui enlève ses droits d'héritier sien, lui inflige une peine analogue à celle de la *publicatio,* de la confiscation (1).

Le père de famille meurt. Il n'a point fait de testament, ou il a institué héritiers ceux de ses fils de famille qu'il en a jugés dignes, après avoir exhérédé les autres. Les fils de famille appelés à l'hérédité n'acquièrent pas, ils n'ont pas à accepter; ils continuent à être propriétaires de biens qui leur appartenaient déjà en commun Seulement chacun, devenu *sui juris,* sera chef d'une famille distincte. Un partage est nécessaire. Le partage entre les enfants du *de cujus* est égal ou conforme aux prescriptions paternelles. Constatons qu'aucun vestige dans les sources ne permet d'affirmer que le droit d'aînesse ait jamais existé dans les mœurs romaines (2).

Le père de famille est mort intestat : il n'a pas laissé d'héritiers siens. L'hérédité est dévolue aux agnats, parents collatéraux, membres de la famille civile dans le sens large du mot, personnes qui seraient encore sous la puissance d'un même père de famille si un ancêtre commun avait prolongé son existence (3).

A défaut d'agnats, l'hérédité est dévolue aux gentils. Une famille civile est éteinte; les biens sont recueillis par la *gens* dont elle faisait partie. On dit que les biens *retournent,* par le souvenir d'une ancienne propriété collective et commune entre tous les membres d'une même *gens,* d'une même tribu (4).

Dans ce régime successoral, quiconque est en dehors de la famille civile ou agnatique du défunt, est exclu de son hérédité légitime :

*a*. D'abord celui qui, après avoir été dans la famille civile, en est sorti, le fils émancipé, le fils donné en adoption, la femme qui a passé *in manum mariti;*

*b*. Ensuite ceux qui n'ont jamais eu avec le défunt qu'un simple lien de cognation, les descendants d'une fille; membres de la famille civile de leur père, ils n'ont avec les parents de leur mère qu'un rapport de cognation (5).

L'hérédité légitime dérive de la parenté civile exclusivement

---

(1) Paul, f. 11. Dig. *De liberis et postumis,* xxviii. 2. — (2) M. Fustel de Coulanges, *Cité antique,* p. 93 et p. 305. — (3) Ulp. f. 195. § 2. Dig. *De verb. signif.* 50. 16. — (4) Térence, *Andr. Ad me redierunt bona.* — (5) Gaius. *Com.* 3. § 18 et suiv.

Perdre l'agnation, c'est perdre tout espoir d'hérédité légitime relativement à la famille que l'on quitte.

Arrivons à un deuxième état de la législation : Le préteur exerce son influence au profit de la parenté naturelle dans une certaine mesure.

Le préteur appelle, en toute succession ouverte *ab intestat*, à défaut d'agnats et de gentils, les cognats du défunt, les parents par les femmes, les membres de la famille naturelle.

Le préteur appelle l'émancipé à la succession paternelle, même en concours avec des enfants restés en puissance.

Une conséquence notable se produit en matière d'émancipation.

Selon le droit primitif et rigoureux, l'émancipé perdait les biens qu'il avait pu acquérir jusqu'au jour où il devenait *sui juris*. Il perdait toute espérance de succéder légitimement, soit à son père, soit aux agnats de son père.

Grâce au droit prétorien, le dommage résultant de l'émancipation est moindre. L'émancipé laisse encore, dans la famille qu'il quitte, les biens dont il a réalisé l'acquisition; mais il conserve le droit de succéder à son père au rang des *liberi*. Il a aussi l'espoir de succéder, à défaut d'agnats, aux parents de son père (1).

Que des cognats viennent à la succession, c'est une nouveauté. Que des cognats puissent concourir dans la succession avec des agnats, des héritiers siens, c'est une révolution contre l'intégrité de la famille légitime.

Continuons; nous abordons les réformes impériales.

Résumons d'abord celles accomplies dans le Haut-Empire, vers le règne des Antonins.

La plus importante, comme reconnaissance des droits de la parenté naturelle, est celle-ci :

La mère (pourvu qu'elle ait rendu à l'État le service de mettre au monde un certain nombre d'enfants) recueillera l'hérédité de ses enfants, quoique étrangère à la famille civile de son mari et, par suite, de ses enfants. Elle succédera, en général en second ordre, à défaut de postérité (2).

Par réciprocité, les enfants seront héritiers légitimes de leur mère. Simples cognats de la défunte, ils viendront à son hérédité en premier ordre, à l'exclusion des agnats (3). Cette réforme atteste, ou a dû précipiter la décadence de la *manus*.

La femme était par le droit ancien mise dans cette alternative . Passant *in manum mariti*, elle créait des rapports d'agnation et par suite des vocations héréditaires entre elle et ses enfants ou mieux les enfants de son mari; mais elle renonçait à l'hérédité légitime des membres de sa famille originaire. Restant dans sa

(1) Ulp. *Reg.* tit. 28. §§ 2, 3, 8, 9. — (2) Ulp. *Reg.* tit. 26. § 8. — (3) Ulp. *Reg.* tit. 26, § 7.

famille, elle gardait le droit d'acquérir de ses parents; mais elle était alors incapable de transmettre à sa descendance.

Le nouveau droit est plus clément et plus juste. La femme mariée peut, restant dans sa famille d'origine, y conserver ses espérances d'hérédité, et cependant elle aura pour héritiers ses enfants, et dans cette transmission héréditaire, ses enfants ne seront pas tenus de partager avec les enfants que son mari aurait eus d'un autre mariage, comme dans le système de la *manus*.

Voilà l'exemple d'une vocation héréditaire légitime, attachée à une parenté naturelle, et sur laquelle la *minima capitis minutio*, la *mutatio familiæ* n'aura aucune influence (1).

C'est au Bas-Empire que s'accentue et s'accélère la décadence de la famille civile.

Le patrimoine collectif de la famille est dissous.

Tout ce qu'un fils de famille acquiert *aliunde quam ex re patris*, lui appartient en propre. Le père de famille en a seulement l'administration et la jouissance (2).

Ce changement a eu un notable contre-coup sur le caractère de l'émancipation et sur l'effet de l'exhérédation.

L'émancipation, qui était à l'origine une exclusion fâcheuse, est devenue un bienfait.

Non-seulement l'émancipé aura seul dans l'avenir le profit de ses acquisitions, non-seulement il conservera le droit de succéder à son père, même en concours avec ses frères restés en puissance, sauf une *collatio* parfaitement équitable; mais encore il emportera, en sortant de la famille civile, la propriété de ses acquisitions antérieures. Il devra laisser toutefois à son père une part de jouissance (3).

L'émancipation a le caractère d'un bienfait, à tel point qu'elle est déclarée révocable pour cause d'ingratitude (4).

Le père de famille a conservé comme sanction de sa puissance paternelle le droit d'exhéréder ceux de ses enfants qui ont démérité, mais l'exhérédation a désormais une portée moins grande, un effet moins rigoureux.

L'exhérédé, selon le droit antérieur, perdait sa part d'un patrimoine dans lequel étaient venues se fondre ses propres acquisitions; il perdait même le fruit de son travail et de son activité.

Dans le droit du Bas-Empire, le fils exhérédé est privé de toute part dans la fortune paternelle; mais il conserve la propriété des biens qu'il a pu acquérir ou qui ont pu lui échoir.

(1) POMPONIUS. f. 11. DIG. *De suis et legitimis*. 38. 16. ULP. f. 1. § 8. DIG. *Ad. S. C. Tertyl. et Orphit*. 38. 17. — (2) INST. 2. 9. § 1. Il y a même des biens dont le fils de famille a la pleine propriété : biens du pécule castrens, biens du pécule quasi castrens, biens adventices extraordinaires, par ex. : biens donnés ou légués au fils à la condition que le père de famille n'en ait pas la jouissance. Nov. 177. Cap. 1. Comp. C. civ. art. 387. — (3) INST. 2. 9. § 2. — (4) *Fr. Vatic*. § 248. CONSTANTIN.

L'hérédité reposait en principe sur l'agnation. Les cognats ne venaient à la succession *jure prætorio* que subsidiairement.

A ce principe des dérogations spéciales avaient été apportées, surtout dans l'ordre des descendants. L'émancipé et ses descendants avaient été relevés par le préteur des conséquences de la *capitis minutio* à l'égard de la succession paternelle.

Les descendants par les filles, simples cognats, ont été, par les empereurs du Bas-Empire, appelés à succéder à leur grand-père maternel en premier ordre, même en concours avec les descendants nés d'un fils et membres de la famille agnatique, mais non pas avec une égalité parfaite (1).

Ces modifications de détail, incomplètes, illogiques, ont été absorbées dans une refonte radicale de la matière de l'hérédité légitime. C'est l'œuvre mémorable de Justinien dans la novelle 118. Au point de vue de l'hérédité *ab intestat*, elle abolit la distinction entre l'agnation et la cognation, elle détruit le privilège successoral attaché jusqu'alors à la parenté civile, elle fait dériver la vocation dans tous les ordres, descendants, ascendants collatéraux, de la simple parenté naturelle (2).

Cette transformation accomplie, que reste-t-il de la famille et de la parenté civiles, de la parenté par les mâles, de l'agnation? — La puissance paternelle du chef de famille sur les enfants et descendants à tous les degrés, sauf émancipation; puissance douée d'un grand prestige, bien affaiblie dans ses effets.

Sur la personne de l'enfant elle est réduite à un droit de correction modérée (3); sur les biens des enfants, réduite à un droit d'administration et de jouissance. Encore faut-il excepter les biens du pécule castrens, du pécule quasi castrens, en d'autres termes presque tous les produits de l'activité personnelle du fils, et les biens adventices extraordinaires, que le fils administre et dont il a le revenu.

Tels sont les attributs subsistants de la puissance paternelle. A ce double point de vue il y a lieu, jusque dans le dernier état du droit romain, de distinguer l'enfant en puissance de l'enfant *sui juris*.

Nous ne parlons pas du droit pour le père de famille d'exclure de sa succession l'enfant qui a démérité. Ce pouvoir d'exhérédation est l'une des sanctions de la puissance paternelle. Des esprits sérieux regrettent son absence de notre Code civil. Ce serait un sage tempérament au principe salutaire de la réserve. Toutefois cette faculté n'est pas vraiment un effet de la puissance paternelle. Depuis que les acquisitions du fils lui restent propres, elle constitue un respect du droit de propriété du père plus qu'un empiétement sur la personnalité du fils. Elle s'exerce avec des

---

(1) Inst., l. 3, tit 1, § 15. — (2) Nov. 118. *Constitutio quæ jura adgnatorum tollit.* — (3) Alex. Sev., l. 3. C. *De patria potestate.* 8. 47.

résultats semblables à l'égard de tous les descendants, qu'ils soient ou non *in potestate*.

Mais, à part la soumission à la puissance paternelle avec les effets restreints qui viennent d'être déterminés, en ce qui concerne l'ordre successoral, la parenté agnatique n'a plus aucune valeur. La parenté naturelle a supplanté la parenté civile.

Un changement parallèle s'est accompli dans la matière de l'adoption.

A l'origine, l'adoption fait changer de famille, rompt l'agnation qui unissait à la famille primitive, assimile l'adopté aux enfants nés *ex justis nuptiis* dans la famille de l'adoptant. La parenté civile est une matière que la volonté humaine façonne à son gré. Émancipé par son père adoptif, l'adopté devient *sui juris*, également étranger aux deux familles dont il a été membre successivement.

Le droit prétorien admet qu'une cause purement civile, purement arbitraire, fasse changer de famille, mais non qu'un lien artificiel de parenté, susceptible de rupture, détruise entièrement les droits de succession accordés à l'enfant issu de justes noces. Il fait en sorte que l'enfant donné en adoption ait les droits d'un descendant légitime, au moins dans une famille, dans sa famille d'origine, sinon dans sa famille adoptive. L'adopté est traité par le préteur comme un héritier sien par rapport au père adoptif tant que subsiste le lien créé par l'adoption, mais il obtient la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas* à l'égard de la succession de son père naturel, si avant l'ouverture de cette succession, il a été émancipé par le père adoptif.

Justinien fait découler ses innovations d'un principe différent : La parenté naturelle ne se dissout pas arbitrairement. La famille a une composition que la volonté de l'homme ne saurait modifier.

Ce principe exclut l'adoption telle que l'antiquité l'avait conçue et organisée.

L'adoption par un *extraneus*, c'est-à-dire par un étranger à la famille, disons mieux, par tout autre qu'un ascendant, ne fait plus sortir de la famille d'origine; elle n'est plus qu'une institution d'héritier par contrat, et encore une institution révocable. L'adopté acquiert, sauf émancipation survenue, le droit de succéder *ab intestat* à l'adoptant, mais non le droit de se plaindre d'une disposition par laquelle, sans juste motif, l'adoptant le priverait de son hérédité.

L'adoption a des effets plus pleins dans le cas où l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel. Mais quels sont ces effets? L'adoption dans ce cas ne fait pas changer de famille, puisque celui qui donne et celui qui reçoit sont unis par une parenté au moins naturelle, et que la parenté naturelle est devenue le vrai fondement de la famille ainsi que du droit

successoral. L'adoption déplace la puissance paternelle. Elle la fait passer d'un ascendant à un autre ascendant (1).

Il importe de remarquer que la réforme accomplie par Justinien dans la matière de l'adoption est postérieure à celle par laquelle les descendants nés d'une fille ont été appelés, dans l'ordre des *liberi*, à la succession de leur grand-père maternel (2). Cette remarque est essentielle à faire pour comprendre la phrase : *In hoc casu, in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura.*

En résumé, l'ancienne adoption, conséquence de l'idée que l'homme peut se créer une famille, se donner une descendance, n'existe plus sous Justinien. Le même terme désigne une institution dissemblable.

Les droits concédés par le préteur à l'enfant émancipé en considération de la parenté naturelle, ont entraîné l'introduction d'une règle qui, en se transformant, est devenue une institution moderne très-équitable.

L'enfant issu de justes noces, sorti de la famille par une émancipation, n'a été admis par le préteur à concourir avec ses frères restés en puissance dans la succession paternelle, grâce à la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas*, qu'à la charge de partager avec ses frères héritiers siens les biens qu'il avait acquis d'une source quelconque depuis qu'il était devenu *sui juris*. C'est la *collatio bonorum*, qui est une mise en commun, un apport en partage, non pas un rapport (3). Le droit moderne n'a rien eu à emprunter à cette institution, conséquence de l'inégalité admise entre les enfants selon qu'ils étaient *in patria potestate* ou *sui juris*.

Sous l'empire, la fille dotée par son père, venant à la succession paternelle, a été soumise à la nécessité de rapporter à la succession sa dot ou l'action qu'elle avait pour la recouvrer. Elle en était tenue, qu'elle fût restée en puissance ou émancipée, envers ses frères héritiers siens ou *bonorum possessores*. Nous disons rapport, parce que la dot à comprendre dans le partage est uniquement la dot profectice, celle qui est sortie du patrimoine du *de cujus* et qui, pour ce motif, rentre dans l'hérédité (4). Nous apercevons l'origine de l'institution moderne.

La *collatio bonorum emancipati* a successivement décru d'importance au fur et à mesure que le principe de l'attribution

---

(1) Just., l. 10 (an 530). Cod. *De adopt*. 8. 48. — Justinien laisse sous l'empire des anciens principes : 1° l'adrogation (§ 5), 2° l'adoption par un étranger d'un petit-fils qui est précédé par son père dans sa famille naturelle (§ 4). Ce sont deux erreurs législatives, deux inconséquences; mais le principe que nous mettons en relief n'en ressort pas moins manifestement de la Constitution. — (2) Valent. et Théod., l. 9 (an 389). — Justin., l. 12 (an 528). Cod. *De suis et legitimis*, 6. 55. — (3) Dig. *De collatione*. 37. 6. *De collatione dotis*, 37. 7. — (4) Gord., l. 4. Cod. *De collationibus*, 6. 20.

au père de famille des droits acquis par le fils a reçu plus de restrictions. L'émancipé a été dispensé de *conferre* ce que, resté en puissance, il aurait acquis en propre (1). Or, dans le dernier état du droit, l'enfant en puissance acquiert en propre tout ce qui ne lui vient pas de son père.

La règle de la *collatio dotis profectitiæ* a été étendue à la donation *propter nuptias* émanant du père ou d'un ascendant paternel, même à la dot et à la donation *propter nuptias* constituées par la mère ou par un ascendant maternel. Nous sortons du cercle de la famille agnatique. L'idée qui préside à cette extension est que les libéralités qui sont imputables sur la légitime sont rapportables. Les deux décisions découlent d'un même principe : toutes ces libéralités sont présumées faites en avancement d'hoirie (2).

La *collatio bonorum emancipati* dépendait de la seule volonté du préteur. — Le rapport des libéralités qui proviennent du *de cujus* et ont été adressées à l'un de ses descendants successibles, repose sur une interprétation de la volonté du donateur et cesse par l'expression d'une volonté contraire; liberté qui doit être contenue toutefois dans les limites de la quotité disponible (3).

L'émancipé n'était tenu de *conferre* au profit de ses frères héritiers siens, que les biens dont il était encore propriétaire au jour de l'ouverture de la succession. — L'enfant doté ou gratifié en avancement d'hoirie, est tenu de rapporter ce qu'il a reçu, l'eût-il aliéné ou perdu par sa faute (4).

Dans la législation romaine, la *collatio* se réalise au moyen d'une promesse que fait celui qui prétend à la succession. Elle n'a donc pas l'effet d'une condition résolutoire affectant la propriété des biens rapportables (5).

L'important en cette matière est de bien distinguer la *collatio bonorum emancipati* et la *collatio* des libéralités que nous appellerons profectices, provenant du *de cujus*. Les principes et les destinées de ces deux institutions réunies sous le même mot sont complétement différents.

J. E. L.

---

## APPENDICE II. (N° 1028.)

### DE LA DÉVOLUTION DANS LA SUCCESSION LÉGITIME.

Le texte de la loi des Douze-Tables, tel qu'il nous a été transmis par Ulpien (*Reg.* I. 26, § 1) : « Si intestato moritur, cui

---

(1) Just., l. 21. Cod. *De coll.* 6. 20. — (2) Leo., l. 17, Justin., l. 20. Cod. *De coll.* 6. 20. — (3) Nov. 18, c. 6. — (4) Ulp., f. 2. § 1. Dig. 37. 6. *De coll.* arg. nov. 97. c. 6. — (5) Ulp., f. 5. § 1. Dig. 37. 6.

suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto », a-t-il toujours, du moins jusqu'à Justinien, été interprété en ce sens qu'il fallût attribuer exclusivement le droit de succession légitime à l'agnat le plus proche au moment où s'ouvrait la succession *ab intestat* (*Ib.*, § 3)? En d'autres termes, a-t-il toujours été constant qu'il n'y avait point de dévolution (*successio*) dans l'ordre des agnats?

Bien que Justinien nous dise (*Inst.* 3. 2, § 7) : « Placebat in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est, ut, quamvis proximus, qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut, antequam adeat, decesserit, nihilomagis legitimo jure sequentes admittantur » ;

Bien que Gaïus, plus rapproché des sources, ne soit pas moins formel (Comm. III, § 12) : « Nec in eo jure successio est. Ideoque, si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit »,

On a soutenu récemment (M. Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, n° 425) que c'était là une interprétation relativement moderne; que la dévolution avait lieu dans l'origine, mais que le préteur avait fait prévaloir la doctrine opposée, afin d'arriver plus facilement à la succesion des cognats, qu'il envisageait avec faveur, comme rentrant dans l'ordre de la parenté naturelle.

Que le préteur ait pu s'accommoder volontiers de cette interprétation, cela est assez probable; mais que ce soit lui qui l'ait imaginée après coup, contrairement à une doctrine ancienne, voilà qui ne nous paraît ni conforme à l'esprit général du droit prétorien, ni justifié par les documents que nous possédons.

On sait que le droit primitif est essentiellement formaliste, porté aux interprétations littérales. Nous voyons constamment, dans la marche de la législation, les textes interprétés d'abord à la lettre, et plus tard expliqués d'une manière plus rationnelle. A une époque où l'on perdait son procès pour avoir mentionné les vignes, au lieu de se plaindre généralement *de arboribus succisis* (Gaius, Com. IV, § 11), il est tout simple qu'on ait pris à la lettre l'expression de *proximus*, comme appelant, une fois pour toutes, l'agnat le plus proche lors de l'ouverture de la succession *ab intestat*. Que si l'on avait admis la dévolution dès l'origine, il est bien difficile de croire que le préteur soit venu substituer, après coup, le sens littéral au sens rationnel. Qu'il ait maintenu avec une certaine complaisance l'interprétation la plus étroite, en vue de l'ordre des cognats, soit; mais il nous semble peu conforme à la marche logique des idées de lui en attribuer l'initiative.

S'il en était ainsi, comment se ferait-il que Gaïus, qui nous donne de si précieux renseignements sur la marche de la jurisprudence romaine dans les successions *ab intestat*, soit complètement

muet sur cette ancienne doctrine de la dévolution ? Comment une innovation aussi importante n'aurait-elle laissé aucunes traces?

Il est vrai qu'on nous oppose deux textes.

Le premier est tiré des Sentences de Paul (4. 8, § 21) :

« Legitimi heredes jure civili antiquo intra centesimum diem si tantum adierint hereditatem, ad proximum eadem successio transfertur. »

On signale dans ce texte un vestige de l'ancienne dévolution (*jure civili antiquo*) admise dans l'ordre des agnats. Si celui qui devait faire crétion perdait son droit pour n'avoir fait qu'une simple adition, la succession ne passait point à un autre ordre, mais elle était dévolue à l'agnat du degré suivant.

S'il nous était impossible d'expliquer ce texte, nous pourrions opposer une fin de non recevoir tirée des obscurités que présentent souvent les Sentences de Paul, obscurités qui les ont fait soupçonner, non sans quelque fondement, d'avoir été plus d'une fois altérées. Mais nous pensons qu'on peut, en admettant l'authenticité de ce fragment de Paul, en donner une interprétation satisfaisante, sans y voir consacrée une antique dévolution dans l'ordre des agnats.

Paul suppose une *cretio*, avec le délai de cent jours ; or, c'est aux héritiers testamentaires (Gaius, Com. II, §§ 164 et suiv.) que la *cretio* peut être imposée (1). Il faut donc supposer le plus proche agnat institué héritier *cum cretione*. Si cet héritier laisse expirer le délai sans faire crétion, et se borne à une simple adition, il perd son droit, lequel se trouve transféré au substitué, s'il y en a un, sinon, à l'héritier *ab intestat* le plus proche. Or, cet héritier se trouve être, à cette époque, le second agnat. Il n'y a aucune dévolution dans l'espèce, puisque le second est devenu *proximus* à l'époque où l'agnat institué a perdu son droit, faute de *cretio*. Maintenant, pourquoi nous parle-t-on du *jus civile antiquum?* C'est que Paul fait probablement allusion à la constitution de Marc-Aurèle, citée par Ulpien (Reg. 27. § 34), qui assimile favorablement la gestion *pro herede* à la *cretio*; à partir de cette constitution, *jure novo*, l'absence de crétion ne peut plus nuire à l'institué.

Le second texte est tiré des Instituts de Gaïus. Ce jurisconsulte, après nous avoir dit que l'agnat qui a subi une *capitis deminutio* peut venir subsidiairement en qualité de cognat, ajoute (Comm. III, § 28) :

« Idem juris est, ut quidam putant, in ejus agnati persona qui, proximo agnato omittente hereditatem, nihilomagis jure legitimo admittitur. Sed sunt qui putant hunc eodem gradu a praetore vocari, quo per legem agnatis hereditas datur. »

---

(1) L'héritier *ab intestat* peut bien *cernere hereditatem*, mais alors la *cretio* est une simple manifestation de volonté, qui n'est limitée par aucun délai. (Gai. *Ibid.* § 167.)

Il y avait donc, à l'époque de Gaïus, des auteurs qui pensaient que l'agnat de second degré devait venir, par dévolution, à la *bonorum possessio unde legitimi*. Or, la possession *unde legitimi* n'est donnée qu'à ceux qui sont appelés par le droit civil à l'hérédité *ab intestat* (Dig. 38. 7. *Und. legit.*, 1 f. Julien). Pour qu'il pût y avoir controverse sur la vocation de l'héritier du second degré, il faut évidemment, dit-on, que cette dévolution ait été admise autrefois dans le droit civil, d'où on aurait voulu la faire passer dans le droit prétorien.

A cela nous répondons toujours que, si l'absence de dévolution dans l'ordre des agnats *jure civili* avait été révoquée en doute, il serait étrange que les plus anciens jurisconsultes, tels que Gaïus, n'eussent conservé aucun souvenir de la doctrine primitive. Il est facile, d'ailleurs, de rétorquer l'argument tiré de ce que la possession *unde legitimi* ne serait qu'une confirmation du droit civil. Puisqu'il était constant, du moins à l'époque de Gaius, que le droit civil n'admettait point de dévolution dans l'ordre des agnats, et qu'ici la succession prétorienne était calquée sur le droit civil, comment aurait-on pu mettre en question *jure prætorio* ce qui ne faisait aucun doute d'après l'interprétation qui avait prévalu pour la loi des Douze-Tables?

Ce qui nous semble plus vrai, c'est qu'à l'époque où Gaius écrivait, les règles sur la possession de biens n'avaient point encore la fixité qu'elles ont eue plus tard. C'est ainsi qu'il avait fallu un rescrit d'Antonin (Com. II, § 120) pour donner efficacité au moyen de l'exception de dol, à la *bonorum possessio secundum tabulas*, lorsque l'héritier du droit civil venait réclamer l'hérédité. Il est à croire que les caractères de la *possessio unde legitimi* n'étaient pas non plus bien déterminés à cette époque, et qu'on pouvait encore considérer le préteur comme libre d'admettre à son gré, dans cet ordre, la dévolution qui n'était point autorisée par le droit civil. Mais, quant à l'interprétation de la loi des Douze-Tables, les textes sont tellement précis qu'il nous est impossible de croire qu'aucun doute eût été soulevé sur ce point avant l'époque de Justinien.

Y avait-il dévolution dans l'ordre des *gentiles?* Aucun texte ne s'y oppose. Et M. Accarias fait observer avec raison que l'absence de dévolution entre les *gentiles*, à l'époque où la succession des cognats n'avait pas encore été admise, aurait abouti à rendre assez fréquentes les vacances d'hérédité, auxquelles répugnaient essentiellement les mœurs des Romains.

E. B.

---

## APPENDICE III. (N° 1258.)

### DE LA STIPULATION DE PEINE.

La stipulation d'une peine a été un moyen très-fréquemment employé à Rome pour assurer l'exécution d'une obligation.

On entend ici par peine une somme d'argent que le débiteur promet pour le cas où il ne remplirait pas exactement son obligation.

Cette somme d'argent, fixée à l'avance à forfait, peut dépasser le montant de l'intérêt lésé du créancier au jour de l'échéance. Est-ce là ce qui justifie l'emploi du mot *pœna,* ou seulement l'idée de sanction? Ce mot n'est-il pas un vestige d'un état primitif de civilisation, dans lequel toute injustice est un délit, suscite un sentiment de vengeance, et provoque l'application d'une peine (1)?

A l'époque ancienne où les seules stipulations munies d'action étaient les stipulations ayant pour objet une somme d'argent déterminée, la stipulation de peine était nécessairement ajoutée à toute promesse d'une chose autre que de l'argent (2).

Un tel système se comprend : les parties doivent préparer les termes du procès qui peut surgir entre elles et simplifier l'office du juge. Le législateur semble leur dire : Au moment où vous êtes d'accord pour conclure une affaire, estimez vous-mêmes en argent l'intérêt impliqué dans la convention. De cette façon le procès sera d'une solution facile. L'*intentio* de la formule contenant les pouvoirs du juge reflétera la stipulation et fournira les éléments précis de la condamnation. Je n'accorde action en justice qu'à ceux qui ont observé cette règle de prudence.

Lorsque la *condictio de omni re certa* a été admise à côté de la *condictio certi,* la stipulation de peine est restée nécessaire pour les promesses de faire ou ne pas faire qui n'ont été qu'assez tardivement reconnues ou civilement obligatoires. Les Instituts témoignent de la lenteur de ce progrès : même les faits, nous disent-ils, ou les abstentions peuvent être déduits en stipulation (3).

Enfin, après l'introduction de la *condictio incerti*, ou *actio*

(1) Von Jhering, trad. O. de Meulenaere, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 127. *De la faute*, p. 11 et suiv. Paul f. 56. pr. Dig. *De evict.* 21. 2. Paul f. 32 pr. Dig. *De receptis* 4. 8. — (2) Gaius com. 4. § 19. — (3) Inst. 3. 15. § 7. Sans doute l'*actio sacramenti* et la *judicis postulatio* sanctionnaient des obligations. Gaius com. 4, § 20. Mais il s'agissait, suivant nous, du *nexum*, créance d'argent solennellement prêté, ou de l'*actio auctoritatis* découlant de la mancipation, ou des obligations en partage, en bornage, suite inévitable de la reconnaissance de la propriété individuelle.

*ex stipulatu*, la stipulation de peine est demeurée un usage utile, fort apprécié des Romains, conseillé par les jurisconsultes. Le demandeur n'a plus à justifier du montant de son intérêt lésé. L'arbitraire du juge n'est plus autant à craindre. Le juge est un particulier, tantôt patricien, tantôt chevalier, dont l'impartialité n'est pas absolument certaine.

Aussi voyons-nous la stipulation de peine pratiquée fréquemment, même accessoirement à des contrats de bonne foi. La *stipulatio duplæ*, en cas d'éviction dans la vente, en est un exemple notable.

La stipulation de peine a toujours la tournure d'un contrat conditionnel. Elle se réfère toujours à une obligation principale, dont elle sanctionne l'effet, dont elle réprime ou répare l'inexécution.

Néanmoins les parties peuvent procéder de deux façons différentes. Ne parlons *brevitatis causa* que de la stipulation comme mode de formation du contrat principal.

Les parties peuvent négliger de stipuler l'objet de la convention principale et se borner à stipuler une peine sous la condition que l'objet principalement dû dans leur intention ne sera pas presté : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* Le stipulant a une seule créance civile, une seule action; créance, action, conditionnelles.

C'est le procédé primitif.

Elles peuvent déduire en stipulation et rendre civilement exigible l'objet de l'obligation principale et stipuler ensuite une somme d'argent, une peine, sous la condition que l'obligation première ne sera pas exécutée. *Pamphilum dare spondes? spondeo. Si non dederis, tantum dare spondes? spondeo.* Le stipulant a deux créances, deux actions, l'une pure et simple, l'autre conditionelle.

Dans un cas comme dans l'autre, la stipulation de peine est conditionnelle dans sa forme.

Au fond, elle est une sanction. Cela est moins apparent dans la première manière d'agir que dans la seconde. Mais cela est également vrai, cela est réputé démontré si l'on range la stipulation faite sous une condition négative dans la classe des stipulations de peine. Sans doute il n'est pas impossible de concevoir la stipulation d'une somme d'argent sous la condition de l'inexécution d'un fait du promettant, fait que le promettant reste entièrement libre d'exécuter ou de ne pas exécuter, fait dont l'inaccomplissement joue le rôle d'une condition casuelle. Mais alors cette somme d'argent n'a pas le caractère d'une peine.

La jurisprudence romaine, en cette matière, nous paraît avoir été dirigée par les deux pensées suivantes :

1° Maintenir les conséquences du caractère conditionnel de la stipulation de peine, toutes les fois que ces conséquences, sévères mais justes à l'égard du débiteur, augmentent pour le créancier la certitude d'obtenir l'objet principal de son attente;

2° Répudier les conséquences du même principe lorsqu'elles seraient en contradiction avec l'idée et le but de sanction.

Ce choix entre les conséquences d'un même principe est-il arbitraire? Non; il se justifie par cette règle supérieure : une condition se prête à interprétation, à la recherche de la volonté, même dans les contrats ou actes de droit strict. Elle est jugée accomplie ou non, selon l'intention des parties (1).

1° Développons les conséquences du premier point de vue : la stipulation de peine est conditionnelle.

*a.* Une époque a été fixée pour la prestation. L'époque est arrivée; la prestation n'est pas exécutée. Faut-il, pour que la peine soit due, qu'une interpellation soit adressée au débiteur?

Les termes de la condition n'impliquent pas la nécessité d'une mise en demeure après l'arrivée de l'époque convenue. L'intention des parties ne l'implique pas non plus; car décider que la peine est encourue dès l'échéance sans interpellation, c'est rendre la sanction plus rigoureuse, plus efficace (2).

La nécessité d'une interpellation dans les dettes à terme pour que le débiteur soit en demeure, est une règle d'indulgence, introduite par l'usage ou le droit commun, à laquelle les parties peuvent déroger.

*b.* L'accomplissement d'une condition est en général indivisible. Une condition est accomplie ou défaillie.

Si le fait posé en condition n'est pas entièrement accompli, la condition est défaillie. Un accomplissement partiel du fait n'empêche pas la défaillance de la condition. Quant à la condition négative, elle est accomplie par cela seul que le fait prévu n'est pas entièrement réalisé ou exécuté.

Cette règle est appliquée à la stipulation de peine. Elle corrobore énergiquement le désir du créancier d'obtenir une exécution intégrale de la convention.

Le débiteur procure une partie seulement de la chose que le créancier avait pour but d'obtenir. La peine est due intégralement, sauf au débiteur à répéter l'objet du payement partiel (3).

*c.* Le débiteur qui a promis une peine, meurt et laisse plusieurs héritiers. L'inexécution de la convention principale sanctionnée par la peine résulte de la faute d'un seul. Que décider?

Si l'objet dû principalement est indivisible, la peine est commise à l'égard de tous les héritiers. La faute, il est vrai, n'est pas commune; mais par le fait de l'inexécution, qui d'ailleurs est nécessairement totale, la condition de la peine est réalisée (4).

Si l'objet de la convention est divisible, l'obligation de le prester

(1) PAP., f. 115. § 2. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* — ULP., fr. 19 pr. DIG. 35. 1. *De condit. in testam.* — (2) JUSTIN. L. 12. C. 8. 38. *De contr. et com. stip.* — (3) PAUL. f. 25. § 13. DIG. 10. 2. *Famil. ercisc. Nihilum prodest ad pœnam evitandam, partem solvere.* — (4) PAUL. f. 4. § 1. DIG. 45. 1. *De verb. oblig*

s'est divisée entre les héritiers. Supposons que l'un d'eux fournisse sa part, tandis que l'autre ne le fait pas : dans quelle mesure et par qui la peine est-elle encourue? Même en ce cas, la peine est due entière et par tous les héritiers. Une obligation se divise entre héritiers, quand son objet le comporte; mais l'accomplissement d'une condition est indivisible. La condition négative sous laquelle la peine a été promise, est réputée accomplie; car la prestation convenue n'a pas été intégralement exécutée. La décision est rigoureuse; mais elle donne à la sanction plus d'énergie. Le créancier peut compter sur l'activité, la diligence, l'influence de chacun des héritiers pour obtenir intégralement l'objet de la convention principale (1).

Dans les deux hypothèses, la peine encourue par tous les héritiers étant elle-même divisible, se divise entre eux. Chacun, même celui qui est exempt de faute, même celui qui a fourni sa part de la dette principale, doit une part de la peine commise. Il la doit, sauf la faculté d'un recours ou d'une répétition qui satisfait à l'équité.

2° Jusqu'à présent la condition à laquelle la peine est subordonnée a été traitée comme une condition ordinaire. L'interprétation littérale conduisait à des résultats conformes à l'idée de sanction. Mais, parfois, l'observation littérale de la condition exprimée contrarierait le but poursuivi et répugnerait au caractère de peine. Alors les jurisconsultes font prévaloir l'intention probable ou l'équité sur les termes employés.

*a*. La convention principale est d'une exécution impossible ou illicite. La condition de la peine prise à la lettre avec sa forme négative, s'accomplira. Pourtant la peine ne sera pas due. Il serait contraire à la raison d'infliger une peine pour inexécution d'une chose impossible ou illicite (2).

Néanmoins une stipulation de peine se rattache très-valablement à une obligation inefficace, mais non réprouvée par le droit, par exemple à la stipulation d'un avantage pour autrui sans intérêt pécuniaire chez le stipulant, à la promesse pure du fait d'autrui. Ces stipulations faites isolément sont dépourvues de sanction; mais elles sont susceptibles d'en recevoir une; car elles n'ont rien d'illicite. La stipulation de peine, ajoutée, corrige le vice, efface la seule cause de l'inefficacité (3).

*b*. Nous croyons qu'il en est de même lorsqu'un corps certain, qui a fait l'objet de la convention principale, périt ensuite par cas fortuit. L'exécution devient impossible; le débiteur qui n'est pas en faute doit être libéré; la peine ne sera pas encourue (4).

---

(1) Pompon. f. 5. § 3. Dig. 45. 1. *De verb. oblig. Contra* Paul. f. 4. § 1. Dig. *eod.* — Origine de l'art. 1233 C. civ. dont la disposition est moins sévère, mais moins logique que celle de Pomponius. — (2) Ulp. f. 69. Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* — Paul. f. 134 pr. Dig. *eod.* — (3) Inst. 3. XIX. § 19 et 21. — (4) Pap. f. 115. § 2. D. 45. 1. *De verb. oblig.* f. 44. Dig. *eod.* — On oppose la loi 22 de Paul. Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* Assurément il n'est pas

*c*. Le créancier qui a fait deux contrats, un contrat principal, pur et simple, et une stipulation de peine, contrat accessoire conditionnel, a-t-il le droit d'exiger cumulativement et l'objet de l'obligation principale et le montant de la peine?

La solution dépend de la volonté des parties. Le cumul découle logiquement de la coexistence de deux contrats. Certes, cette perspective est propre à stimuler la diligence, la ponctualité du débiteur dans l'exécution spontanée de la chose principalement convenue. Toutefois, le créancier n'a pas ce droit, à moins qu'il ne soit prouvé que la peine a été stipulée pour le seul fait du retard dans l'exécution, ou pour l'inquiétude, le trouble moral causé par l'inexécution, indépendamment du dommage matériel résultant de l'inexécution elle-même (1) ou, d'une façon plus abstraite, à moins qu'il n'apparaisse que les parties ont eu la volonté d'admettre le cumul.

Le créancier, s'il est privé de l'avantage du cumul, n'en a pas moins, semble-t-il, deux actions auxquelles l'inaccomplissement de la prestation convenue donne ouverture. Il ne peut pas en cumuler les résultats pécuniaires; mais n'a-t-il pas le choix entre elles? Peut-il, après avoir exercé l'une, recourir à l'autre pour obtenir ce qu'elle lui offre de plus?

En général, le créancier a le choix. En exerçant une des actions, il ne consomme pas l'autre. Elles ont un objet différent. L'événement peut faire que le tort causé par l'inexécution de la dette principale soit plus ou moins considérable que le montant de la peine. Toutes les chances tournent contre le débiteur. La sanction n'en est que plus énergique. Nous en avons un exemple frappant dans la vente accompagnée de *stipulatio duplæ*. L'acheteur, judiciairement évincé, choisit entre le double du prix et la réparation exacte du dommage causé par l'éviction (2).

Il en est autrement, et le créancier n'a qu'une action à exercer, l'action de la peine, lorsqu'en faisant la stipulation de peine, les parties ont eu l'intention de faire une sorte de novation et d'absorber en cette nouvelle obligation l'obligation principale (3).

---

impossible d'interpréter la stipulation de peine pour le cas où la chose ne sera pas prestée, comme mettant à la charge du débiteur le risque des cas fortuits. Cela est permis; cela est à la fois conforme et à la teneur de la stipulation et à l'intérêt du créancier. Mais 1° le texte cité ne nous paraît pas décisif; il statue sur l'étendue des dommages et intérêts dans l'action de la loi Aquilia; la peine stipulée et non pas seulement la valeur de la chose détruite, sera prise en considération. Le texte ne se prononce pas directement sur les cas où la peine sera encourue. 2° Le mot peine nous paraît correspondre plutôt à l'idée de faute chez le débiteur, qu'à l'hypothèse d'un cas fortuit. *Contra* M. ACCARIAS, t. II, n° 540 *in fine*.

(1) ULP. fr. 10. § 1. DIG. 2. 14. *De pactis*. HERMOG. fr. 16. DIG. 2. 15. *De transact*. PAP. f. 115. § 2. DIG. 45. 1. *De verb. oblig*. — (2) JUL. f. 28. DIG. 19. 1. *De act. empt. et vend*. — (3) PAUL f. 44. § 6. DIG. 44. 7. *De oblig. et act*. C'est une novation par changement d'objet; mais le changement d'objet qui consiste en une estimation pécuniaire de la chose due antérieurement est

Dans ce cas, la chose due principalement, ne pouvant jamais être exigée, est *in solutione*. La peine seule est vraiment *in obligatione, in petitione*.

Cette novation ou quasi-novation paraît singulière lorsque les deux contrats se suivent presque sans intervalle de temps et sont formels : deux stipulations. Ex. : *Navem fieri promittis? Promitto. Si non feceris, centum promittis? Promitto.* Comment admettre l'*animus novandi?* A quoi bon faire deux contrats dont le second anéantit le premier? — Mais la bizarrerie disparaît lorsque la convention principale a le caractère d'un contrat consensuel. Les parties conviennent toujours des prestations qu'elles veulent obtenir. Cette convention par hypothèse présente les traits essentiels d'une vente, d'une société. Le contrat se noue sans aucune forme spéciale. Surviennent alors des stipulations réciproques de peine. Ex. : *Hæc quæ supra scripta sunt ita ea dari, fieri, neque adversus ea fieri : si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari spondes.* Les actions *empti, venditi,* l'action *pro socio* existeront-elles, à côté de la *condictio?* C'est une question de volonté. Les parties ont-elles voulu conclure un contrat de vente, de société, ou seulement faire une convention préalable à la stipulation de peine (1)?

Que les parties puissent vouloir réduire le créancier au droit d'exiger la peine, il ne faut pas s'en étonner. Elles auront considéré la peine comme une estimation faite d'avance des dommages et intérêts qui seront dus pour inexécution de la convention principale. Tel est le caractère que notre législateur imprime d'office à toute clause pénale (2).

Des auteurs ont pensé que la *stipulatio pœnæ* avait de plein droit un effet novatoire lorsqu'elle se rattachait à un contrat principal de droit strict, et n'avait point cet effet quand elle accompagnait un contrat de bonne foi (3). Nous n'adhérons pas à cette

---

permis. L. 28. Dig. 46. 2. D'ailleurs, si la novation n'était point parfaite (Paul se sert de l'expression *quasi novatio*), l'action du premier contrat serait au moins paralysée par une exception. On conçoit que le débiteur veuille se soumettre uniquement au forfait contenu dans la peine. — Rappelons que la novation s'opère au moment de l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire au moment de l'inexécution de la dette principale.

(1) Paul. f. 71. pr. Dig. *Pro socio.* 17. 2. — Pap. f. 115. § 2. Dig. 45. 1. — (2) C. civ. art. 1229. Le créancier a, chez nous, le choix entre deux manières d'agir, exiger l'exécution précise ou exiger la peine. En cela, notre législation diffère de ce qui se pratiquait en droit romain en cas de novation; la peine seule était exigible. Mais selon notre droit, si à défaut d'exécution précise, il y a lieu à condamnation pécuniaire, la peine convenue en fixe nécessairement le montant. Notre créancier ne peut plus, comme en droit romain, à défaut de novation, opter entre deux estimations pécuniaires, l'une faite à l'avance, l'autre faite après coup d'après l'événement. En réalité, l'idée d'estimation préalable et à forfait du dommage éventuel de l'inexécution, s'est peu à peu substituée à l'idée de peine. Le mot peine ne se justifie plus. — (3) Accarias, t. II, n° 541, 2°.

distinction, parce que nous voyons Paul, à propos d'un contrat de société, contrat de bonne foi, suivi d'une stipulation de peine, agiter la question de savoir si la stipulation nove et absorbe l'action *pro socio*, et la résoudre d'après l'intention des contractants.

Nous avons passé en revue plusieurs solutions qui dérivent, non de l'observation littérale de la condition insérée dans la stipulation de peine, mais de ce que la condition est interprétée dans le sens d'une sanction. Ces solutions sont-elles applicables lorsque les parties se sont bornées à faire une stipulation unique, isolée : *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?*

Des auteurs considérables ont soutenu que, dans ce cas, la stipulation de peine devait être traitée purement et simplement comme une stipulation conditionnelle ordinaire avec observation littérale de la condition exprimée, sans aucun mélange de l'idée de sanction (1).

A notre avis, tout se réduit à une question d'intention ; c'est le principe qui se dégage avec le plus de netteté de la loi de Papinien, que les auteurs précités invoquent avec le plus de force (2).

Faisons observer que, dans ce texte, le mot *pœna* n'est pas exprimé. La somme stipulée a-t-elle le caractère d'une peine? c'est une première question à résoudre d'après la volonté des parties. Mais si l'on reconnaît et si l'on accorde que la somme a été stipulée à titre de peine, il nous paraîtrait inconséquent de ne pas interpréter la condition dans le sens d'une sanction, ce qui exclut presque nécessairement l'exigibilité en cas d'absence de faute.

Il est à noter que, dans l'espèce de la loi citée, le jurisconsulte, en s'attachant à la rédaction de la condition *si Pamphilum non dederis*, en tire une conséquence favorable au débiteur. Il s'écarte de l'idée de sanction et de peine, dans le sens de l'indulgence pour l'obligé. Suivant lui, la peine sera due, non pas dès que Pamphile ayant pu être donné ne l'aura pas été, mais seulement lorsque Pamphile ne pourra plus être donné.

En tout cas, il est sans difficulté que, dans cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque la stipulation de peine est le seul contrat existant, la chose que le créancier voudrait principalement obtenir est *in solutione;* la peine est l'unique objet exigible par voie d'action : *homo solvatur aut pecunia petatur*.

J. E. L.

---

(1) Voyez notamment l'excellent ouvrage de M. Bufnoir sur la théorie de la condition. — (2) Pap., f. 115. § 2. Dig. 45. 1. *De verb. oblig. Ex sententia contrahentium... cum id actum probatur... ob defuncti voluntatem... fuisse voluntas probatur*.

# APPENDICE IV. (N° 1275.)

## DE LA SOLIDARITÉ.

Lorsque M. Ortolan, dans son *Explication des Instituts* (nos 1264 et suiv.; 1819 et suiv.), traitait des *duo rei constituendi*, la doctrine de la *corréalité* ne se dégageait pas encore bien nettement, la langue même du droit n'était pas encore faite ; nous croyons donc quelques développements nécessaires sur cette partie, la plus subtile peut-être, de la législation romaine.

L'expression même de *corréalité* sonnait mal aux oreilles de M. Ortolan (n° 1823), dont on connaît le goût littéraire. Sans doute, il faut s'abstenir de néologismes, quand ils ne sont pas nécessaires. Mais aujourd'hui cette expression est universellement reçue. Et comment la remplacer? Celle de *costipulants* ou de *copromettants* ne peut s'adapter qu'à la stipulation. *Corréalité* n'est qu'une traduction littérale de la locution technique *correi*; et, comme le dit fort bien M. Demangeat (*Obligation solidaire*, p. 18), « aux personnes que choqueraient ces néologismes, *cor*« *réale, corréalité*, nous nous bornerons à faire remarquer qu'il « n'est pas mauvais que le mot ait une « physionomie un peu « étrange, quand la chose qu'il exprime est en dehors, à beaucoup « d'égards, de nos habitudes modernes. En somme, il faut hésiter « d'autant moins à parler cette langue à propos du droit romain « que les caractères distinctifs des véritables *correi* n'existent « point chez nous, et qu'ainsi nos débiteurs solidaires ressemblent « bien moins aux *correi promittendi* qu'aux débiteurs tenus *in* « *solidum*. »

Cette diversité d'expression correspond, en effet, à une diversité réelle entre les *correi debendi* et les codébiteurs tenus *in solidum*. « De la véritable obligation corréale », dit M. Demangeat (p. 187), reproduisant la doctrine généralement admise en Allemagne, « et d'elle seule, on peut dire que, malgré la pluralité « des sujets, il y a unité d'obligation. Au contraire, l'obligation « solidaire présente ce caractère qu'il y a autant d'obligations « distinctes que de personnes obligées, mais que le créancier « ne peut se faire payer qu'une fois, et qu'ainsi la satisfaction « qu'il obtient d'un ou de plusieurs débiteurs libère aussi les « autres. »

Voici les principales conséquences qui découlent de cette distinction.

Le bénéfice de division, introduit par Adrien pour les *fidejussores*, a été étendu par la jurisprudence aux *mandatores pecuniæ credendæ* (Dig. 27, 7, *De fidej. et nominat.* 7), aux cotuteurs, aux magistrats municipaux; on avait même proposé de l'appli-

quer à tous les codébiteurs tenus *in solidum* (Dig. 17, 2, *Locat.* 47, fragm. de Marcellus); mais on s'est contenté de la cession d'actions, dont nous parlerons ultérieurement. Il est, au contraire, de l'essence de la corréalité que chaque codébiteur puisse être poursuivi pour le tout, sauf au créancier la faculté de diviser son action, s'il le juge convenable (Papinien, l. 11, pr. D. 45, 2, *De duob. reis*). Suivant l'opinion de M. de Savigny (*Droit des obligations,* § 26), cette doctrine aurait survécu à la novelle 99, laquelle n'aurait établi le bénéfice de division que pour les débiteurs principaux ou accessoires, engagés les uns pour les autres *alterna fidejussione,* et non pour les véritables *correi*.

De ce qu'il n'y a qu'une seule obligation, il résulte que la *litis contestatio* faite avec l'un des *correi* libère les autres. Au contraire, les débiteurs simplement solidaires ne se trouvent libérés que lorsque le créancier est satisfait.

« Si apud duos sit deposita res, dit Ulpien (Dig. 16, 3, *Deposit.* 1, § 43), adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione, sed solutione liberantur. »

Cette distinction a disparu sous Justinien (Cod. 6, 41, *De fidej.* 28), qui fait cesser l'effet de la *litis contestatio* à l'égard des débiteurs principaux ou accessoires.

Chaque *correus,* étant tenu personnellement et principalement, répond du fait de son codébiteur.

« Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, dit Pomponius (Dig. l. 5, 2, *De duob. reis,* 18), alterius factum alteri quoque nocet. »

Dans les obligations *in solidum,* le fidéjusseur répond bien du fait du débiteur principal, mais celui-ci ne répond point du fait du fidéjusseur, à tel point que, si le fidéjusseur a fait périr l'objet promis, le débiteur se trouve libéré et, par suite, le fidéjusseur lui-même : ce qui a obligé de recourir contre le fidéjusseur à l'action de dol (Papinien, Dig. 4, 3, 19).

Mais il y a identité entre les *correi* et les codébiteurs ordinaires en ce qui touche la demeure.

«Si duo rei promittendi sint, dit Marcien (Dig. 22, 1, *De usur.* 32, § 4), alterius mora alteri non nocet. »

Les anciens interprètes ont vu ici une antinomie, pour laquelle ils ont imaginé un système forcé de conciliation (1). Mais, au fond, il n'y a point lieu d'assimiler la demeure, qu'il dépend toujours du créancier d'opérer vis-à-vis de chacun des codébiteurs, au fait du *correus,* contre lequel il n'est point possible au créancier de se prémunir.

(1) On sait que Dumoulin enseignait que la demeure nuit au codébiteur solidaire *ad perpetuandam, non ad augendam obligationem :* système qui a passé dans les ouvrages de Pothier, puis dans le Code civil (art. 1205, 1207). Larsé, *De la perte de la chose due.*

Les différences que nous venons de signaler entre les effets de la corréalité et ceux de la solidarité n'ont trait qu'à la corréalité passive. Quant à la corréalité active, elle se confondait dans ses effets avec la solidarité active. Ainsi deux fidéicommissaires *in solidum,* bien qu'ils ne fussent point constitués *correi* par le testament, avaient le droit de réclamer la totalité de la créance, de l'introduire en justice, d'en faire remise, etc., absolument comme au cas de véritable corréalité. Bien plus, on admet généralement qu'il en est ainsi même dans le dernier état du droit, Justinien n'ayant innové qu'en ce qui concerne les codébiteurs. (L. 28. C. 8. 41. *De fidej.*)

Quelles sont les sources de l'obligation corréale?

La principale source, et probablement la source originaire, comme l'indique l'expression *de duobus reis stipulandi et promittendi* (Just., Inst. 3, 16), c'est la stipulation. La rigueur de l'obligation verbale se trouvait bien en harmonie avec le caractère de la corréalité.

Les textes mentionnent également l'obligation littérale et le legs, dont les formes sont calquées sur celles de la stipulation.

En s'attachant exclusivement à ce caractère originaire de la corréalité, M. Demangeat, dans son remarquable traité sur les obligations solidaires, a soutenu que la corréalité suppose une action *stricti juris,* une *condictio;* mais qu'il ne peut être question que d'une simple solidarité, toutes les fois que les codébiteurs ne sont poursuivis qu'en vertu d'une action de bonne foi ou d'une action *in factum.*

Cette doctrine, considérée en elle-même, paraît assez rationnelle; les conséquences rigoureuses de la solidarité se conçoivent bien mieux dans une action *stricti juris* que dans une action de bonne foi. La plupart des textes semblent, en effet, borner à une simple obligation *in solidum* la responsabilité des codépositaires, des colocataires, etc.

Malheureusement cette doctrine a contre elle un texte, bien connu, de Papinien (Dig. 45, 2, *De duob. reis,* 9, pr.), qui porte :

« Eamdem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus; vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi; quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento. Utputa si, duobus heredibus institutis, testator dixit : Titius et Mævius Sempronio decem dato. »

Il ressort bien manifestement de ce texte que Papinien met les contrats de bonne foi sur la même ligne que la stipulation et le testament, pour engendrer la corréalité. Papinien ne dit point, comme Ulpien dans une espèce analogue (Dig. 13, 6, *Commod.* 5,

§ 15) : *Duo quodammodo rei habebuntur*. Il dit positivement : *Fiant duo rei promittendi*. Quant aux actions *in factum*, nous avons un texte d'Ulpien sur le constitut (Dig. 13, 5, *De const. pec.* 16, pr.) qui semble également bien précis :

« Si duo, quasi duo rei, constituerimus, vel cum altero agi poterit in solidum. »

A l'inverse, nous voyons des personnes tenues de la *condictio*, sans qu'il y ait entre elles une véritable corréalité. C'est ce qui résulte d'un rescrit de Dioclétien (Cod. 4, 8, *De condict. furt.* 1) sur la *condictio furtiva* :

« Præses provinciæ sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim substractorum electionem esse ; ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, cæteros liberari, jure proferre sententiam curabit. »

Il est vrai que M. Demangeat (p. 214) voit là une décision inspirée *odio furum*, ou bien plutôt une interpolation de Justinien dans le rescrit. Mais la première supposition est toute gratuite, et, quant à l'interpolation, elle nous semble bien peu vraisemblable. Ces mots *si ab uno satisfactum fuerit, cæteros liberari*, n'accusent nullement le style du Bas-Empire, et ils s'adaptent si bien au rescrit que, si on les supprimait, la décision de Dioclétien n'aurait guère de sens.

Le système de M. Demangeat, bien qu'il n'ait rien que de plausible en lui-même, ne paraît pas avoir été admis en Allemagne. Chez nous, M. Accarias, dans son *Précis de droit romain* (tom. II, p. 331, not. 2), et M. Gérardin, dans ses notes sur le *Droit des obligations* de Savigny (traduction de MM. Gérardin et Jozon, tom. I, p. 170, not. 1), l'ont combattu en s'appuyant sur le texte de Papinien et sur le principe que le pacte de corréalité, ajouté *in continenti*, fait corps avec le contrat, surtout dans les contrats de bonne foi (1).

Tout ce que l'on peut conclure de l'ensemble des documents, c'est que ce pacte n'était point fréquent ; que, dans le doute, on ne devait point le supposer, et que la plupart des textes sur le dépôt, sur le commodat, etc., visent une simple obligation *in solidum*.

E. B.

Tous les interprètes ont reconnu, d'après l'état des textes, que les codébiteurs tenus *in solidum* (à ne prendre cette expression que dans le sens de codébiteurs tenus chacun pour le tout d'une dette commune, d'une dette qui ne sera acquittée qu'une fois) n'étaient pas tous régis par les mêmes principes et se divisaient au

(1) Cette seconde objection, si elle était la seule, ne serait point invincible : M. Demangeat pourrait répondre qu'il ne nie point la force du pacte ; mais que, dans sa doctrine, c'est un pacte de solidarité, et non de corréalité proprement dite.

moins en deux classes. Les uns sont appelés *correi promittendi*; ils sont tenus d'une solidarité corréale. Les autres sont tenus *in solidum*, d'une solidarité simple. Mais l'unanimité cesse lorsqu'il s'agit de préciser la raison, le fondement, le *criterium* de la distinction.

Une opinion très-répandue consiste à dire 1° que la distinction entre la corréalité et la solidarité simple correspond à la distinction entre les contrats ou actes formels et de droit strict, d'une part, et les contrats ou actes non formels et de bonne foi, d'autre part, ou bien encore entre les obligations sanctionnées par la *condictio*, et les obligations sanctionnées par des actions *bonæ fidei*; 2° qu'elle repose sur la règle de procédure qui n'accorde qu'une action pour un seul droit.

Par la stipulation ou l'*expensilatio*, s'est constituée originairement une solidarité corréale dont le trait caractéristique a été l'unité de contrat, l'unité d'obligation, malgré la multiplicité des personnes et, par suite, l'unité d'action pour le créancier, la nécessité de choisir parmi ses débiteurs l'un d'eux qu'il peut seul contraindre au payement. La litiscontestation engagée avec celui qui a été choisi, libère les autres. Le créancier épuise son droit d'agir en justice par une seule poursuite intentée. *Electione unius, contestatione contra unum, alter liberatur; ne de eadem re bis sit actio.*

Plus tard, dans les contrats de bonne foi ou non formels, une clause a pu créer un lien de solidarité entre des débiteurs ayant agi conjointement et joué le même rôle. Mais cette solidarité convenue a été moins rigoureusement organisée que la précédente au point de vue du droit de poursuite. Le créancier a pu agir en justice pour le tout contre chacun de ses débiteurs, jusqu'à parfait payement. Il a été armé d'autant d'actions qu'il avait de personnes engagées envers lui (1).

Un auteur des plus judicieux, et très-fidèle observateur des textes, tout en s'attachant au système que nous venons d'exposer, a voulu le mettre en harmonie avec une loi romaine qui déclare que des débiteurs tenus en vertu d'un contrat de bonne foi peuvent, par un pacte exprès, être constitués *correi debendi*, être assimilés aux *correi promittendi*. Cet auteur soutient que la volonté des parties peut, dans un contrat de bonne foi, établir à sa guise entre les codébiteurs, soit une solidarité simple (avec multiplicité du droit d'action), soit une vraie corréalité (avec unité du droit d'action) (2).

Si la distinction entre la corréalité et la solidarité simple n'a

---

(1) M. Demangeat. *Oblig. solid.* p. 182 et suiv. — M. Hauriou. *Nouvelle Rev. hist.* 1882, p. 219. — (2) Pap. f. 9. pr. Dig. *De duobus reis*, 45. 2. — M. Accarias. *Précis*, t. II, n° 556. Comp. de Savigny, *Droit des oblig.* § 17. Trad. Jozon et Gérardin, t. Ier, p. 172.

jamais eu d'autre raison d'être que la règle de procédure qui, dans la corréalité, réduit le créancier à n'agir qu'une fois en justice, elle a disparu sous Justinien ; car cet empereur a permis au créancier ayant pour obligés des *correi promittendi* de les poursuivre successivement jusqu'à complète satisfaction. En agissant contre l'un, le créancier ne perd plus le droit d'agir contre les autres (1).

Nous croyons, avec d'autres auteurs, que la division de la solidarité en deux espèces ne dérive pas d'une pure question de procédure, qu'elle tient au fond du droit, à l'essence des choses, qu'elle a survécu à Justinien, et qu'elle subsiste dans notre législation moderne (2).

Voici comment nous la comprenons et voici, en même temps, les notions fournies par les textes, qui appuient notre manière de voir.

Nous voyons, d'une part, la solidarité découler de ce que des codébiteurs ont commis une faute commune, sont tenus de réparer un préjudice provenant d'une négligence imputable à chacun d'eux, à raison d'un fait collectif constituant pour chacun de ses auteurs une faute ou un délit. Donnons quelques exemples. Des cotuteurs sont obligés envers le pupille. Ils géraient ensemble ; ils ont tous participé à un acte préjudiciable, ils ont tous conçu et pratiqué une fraude ; *ex communi gestu, ex communi dolo tenentur* (3). On nous fait entendre que la solidarité n'existerait pas si un seul était en faute, *ex propria culpa, non ex communi gestu* (4). Des tuteurs institués et sachant l'être, ont omis de gérer, ils sont tous en faute ; ils sont solidairement responsables. *Latæ culpæ ratio omnes æqualiter tenet* (5). Plusieurs personnes ont commis de concert un dol (6). Plusieurs ont, par des menaces accomplies en commun, déterminé un consentement vicié par la crainte (7) ; ils sont tenus *in solidum* de la réparation. Il en est de même des co-auteurs d'un vol (8).

Dans ces hypothèses diverses, nous remarquons deux choses :

1° Quelle que soit la nature de l'action, que le créancier soit armé de la *condictio* ou d'une action de bonne foi, ou d'une action prétorienne, le créancier peut agir pour le tout autant de fois qu'il a de débiteurs ; son droit de poursuite s'épuise, s'éteint, non par le choix qu'il fait d'un débiteur à mettre tout d'abord en cause, mais seulement par le payement intégral. *Unus restituit, omnes liberati sunt. Si ab uno satisfactum sit, ceteros liberari. Liberabuntur perceptione, non litis contestatione* (9).

(1) Just. L. 28. C. *De fidejus*. 8. 41. — (2) M. Demolombe. *Contr. et oblig.* t. III, n° 279 et suiv. — (3) Ulp. f. 1. § 13. § 14 Dig. *De tutel. act.* 27. 3. — (4) Anton. L. 2. Cod. *De contr. jud. tut.* 5. 58. Ulp. f. 11. § 2. Dig. *Ad leg. Aquil.* 9. 2. — (5) Alex. L. 2. C. 5. 55. *Si tut. non gesserit.* — (6) Ulp. f. 17. pr. Dig. 4. 3. *De dolo*. — (7) Ulp. f. 14. § 15. Dig. 4. 2. *Quod met. causa*. — (8) Diocl. et M. L. 1. C. 4. 8. *De cond. furtiva*. — (9) Textes précités.

2° Les exemples donnés précédemment se réfèrent à des obligations nées *ex delicto* ou *quasi ex contractu*. Mais semblable solidarité peut exister entre codébiteurs contractuels. Une chose est confiée à deux dépositaires, prêtée à deux commodataires, qui la gardent, qui en usent en commun. Ils répondent pour le tout d'une faute commune. Dans ce cas on ne suppose pas qu'il y ait eu entre eux et le créancier une clause expresse de solidarité. Ce n'est pas la volonté qui crée cette solidarité; c'est la nature des choses (1).

D'un autre côté, nous constatons l'existence d'une solidarité qui a une autre source. Elle dérive de la volonté. Cette volonté se traduit, ou par une tournure spéciale donnée à la stipulation (2), ou par une clause ajoutée à un contrat, clause exprimée en général par cette expression appliquée au créancier : *utriusque fidem in solidum secutus, singulorum personam in solidum intuitus* (3). Dans les écrits qui attestent une obligation contractée par plusieurs ensemble, il faut avoir soin d'ajouter (*adjectum*) *singulos in solidum spopondisse;* autrement ils ne seraient pas réputés solidaires. Dans toutes ces hypothèses où la volonté joue un rôle prépondérant, on nous dit : *fiunt duo rei promittendi.*

Sur ces faits observés et puisés dans les sources, nous établissons une théorie qui nous semble rationnelle.

Il existe une solidarité naturelle entre les codébiteurs contractuels, quasi contractuels, ou délictuels, lorsque par une faute commune ils ont causé au créancier un dommage dont ils doivent réparation. — La faute de chacun crée contre lui une cause d'obligation. — La faute de chacun aurait seule entraîné le dommage entier; chacun doit la réparation intégrale du dommage. *Singulorum contumacia* (ou *culpa*), dit Papinien, *damnum in solidum dedit* (4).

Le créancier a droit à la réparation du dommage; il peut s'adresser à chacun pour l'obtenir entière; une fois satisfait et indemne, fût-ce aux dépens d'un seul, il n'a plus rien à exiger.

Cette solidarité est naturelle; elle ne peut pas ne pas être; elle dérive de la multiplicité des fautes, sources d'obligation, et de l'unité du résultat, du dommage à réparer. La volonté des personnes, une fois la faute commise, n'est pour rien dans la naissance de la solidarité.

Il existe une autre solidarité que nous appellerons artificielle ou arbitraire. Elle est rattachée comme une modalité accidentelle à une obligation contractée. Des personnes qui contractent en-

(1) Ulp. f. 1. § 43. Dig. *Depositi* 16. 3. *Ambo dolo fuerunt.* Ulp. f. 5. § 15. Dig. *Commodati*. 13. 6. Paul. f. 4. Dig. *De his qui effud.* 9. 3. — (2) Inst. 3. 16. pr. La multiplicité des personnes est contenue dans une stipulation unique. — (3) Pap. f. 9. pr. Dig. 45. 2. Marcellus f. 47. Dig. *Locat. Cond.* 19. 2. — (4) Papin. f. 38. § 1. Dig. 26. 7. *De adm. tut.* Ulp. f. 21. § 9. Dig. *De furtis.* 47. 2.

semble, jouant le même rôle, coacheteurs, coemprunteurs, et qui naturellement, d'après la seule puissance de la cause d'obligation, ne seraient pas tenues chacune pour le tout, consentent à être obligées solidairement. C'est un surcroît de garantie et de force qu'elles accordent contre elles au créancier. La cause génératrice d'obligation, abandonnée à son propre cours, ferait naître presque toujours une obligation conjointe et divisée, non en tout cas une obligation solidaire. L'obligation est rendue solidaire par une volonté expresse et accidentelle des parties (1). *Fiunt correi promittendi.*

Le principe de distinction que nous avons posé conduit aux conséquences suivantes :

Il y a solidarité simple ou naturelle entre codépositaires, cocommodataires, cocréanciers gagistes, colocataires, covendeurs, cotuteurs, comagistrats, codélinquants, lorsqu'ils ont, par une faute ou une négligence commune, de la gravité nécessaire pour engendrer leur responsabilité, soit détruit, détérioré ou perdu la chose qu'ils devaient garder, utiliser en commun ; soit manqué à l'office qui leur avait été indivisément dévolu ; soit commis un délit de concert. — Aucune convention spéciale n'est nécessaire et n'est supposée dans les textes. — La garde est indivisible. La diligence ne pouvait se restreindre à une partie de la chose. La faute de chacun a causé le dommage entier.

Il y a corréalité ou solidarité artificielle entre coemprunteurs qui ont promis solidairement la restitution de la somme prêtée ; — entre coacheteurs, colocataires qui se sont constitués débiteurs solidaires du prix ou du loyer. — Une manifestation spéciale de volonté est nécessaire.

Un *criterium* certain de la corréalité consiste à rechercher si la solidarité peut sans injustice être retranchée, si l'obligation peut se concevoir existante et sans solidarité.

Les coemprunteurs, les coacheteurs seraient, à défaut de convention expresse, en général (2), tenus divisément comme des débiteurs conjoints. La solidarité se superpose comme une aggravation arbitraire de la dette. C'est, au surplus, ce qu'on exprime en disant que la corréalité est une modalité de l'obligation.

Deux textes, qu'il est curieux de rapprocher, nous montrent, à propos d'un même contrat, la solidarité et la corréalité avec leurs conditions d'existence différentes et leurs effets différents.

Une chose est remise à deux personnes en dépôt. Aucune convention spéciale n'a été ajoutée. Elles doivent garder et rendre la chose indivisément, et sont tenues solidairement des dommages et

---

(1) Dans la stipulation, la forme spéciale décrite aux Inst. vaut expression de volonté. — (2) Nous disons en général, parce que la division n'aurait lieu qu'entre codébiteurs cointéressés. Or, il est possible que l'obligation solidaire embrasse des personnes désintéressées dans l'affaire.

intérêts qu'elles doivent pour une faute commune. L'un des dépositaires qui prouverait que la chose a péri par le fait de l'autre, sans qu'aucune négligence lui soit imputable, s'affranchirait de toute obligation. C'est un cas de solidarité naturelle (1).

Une chose est confiée à deux dépositaires. Une clause additionnelle au contrat les érige en *correi debendi*, les assimile aux *correi promittendi*. Le créancier a suivi pour le tout la foi de chacun d'eux. — La corréalité établie expressément et artificiellement entre eux a pour effet de les rendre responsables des faits l'un de l'autre. La chose périt par le fait de l'un; l'autre, qui, n'ayant commis aucune faute, échapperait à la solidarité naturelle, restera sous le coup de la corréalité (2).

La distinction que nous venons d'exposer est rendue plus vraisemblable par la considération suivante. — Du côté des débiteurs, il y a deux espèces d'obligations *in solidum*. Du côté des créanciers, la corréalité, la solidarité artificielle existe seule. En effet, la cause naturelle de l'obligation simplement *in solidum*, la faute commune, agit contre les débiteurs, dont chacun a commis la faute dommageable pour le tout, et non au profit des créanciers dont chacun a nécessairement éprouvé un dommage particulier.

De ce qui précède, il résulte que la distinction entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi ne saurait servir de base à une théorie exacte et complète. — Une obligation qui découle d'une faute commune à plusieurs peut être sanctionnée par une action de droit strict, par ex. : la *conditio furtiva*. La solidarité n'en sera pas moins naturelle. — Une clause spéciale peut introduire arbitrairement la solidarité dans un contrat de bonne foi. Ce n'en sera pas moins une vraie corréalité.

La distinction ainsi comprise entre la solidarité simple et la corréalité est indépendante de telle ou telle règle de procédure qui accorde plus ou moins largement l'action en justice. — Mais elle permet de se rendre aisément compte de l'application faite, sous le droit classique du principe ancien : *de eadem re ne bis sit actio*.

Dans la corréalité, il n'existe qu'une cause unique et simple d'obligation. Naturellement, l'obligation serait divisée entre plusieurs, chacun devant une part que les autres ne devraient pas, ou pèserait sur la tête d'un seul si seul il est intéressé dans l'affaire. Le créancier n'aurait qu'une action pour la dette ou pour chaque partie de la dette. — Les parties ont construit artificiellement une solidarité qui expose chacune d'elles à une poursuite pour le tout. Des particuliers ont pu disposer de leur personne; mais l'action en justice relève de la loi qui n'ouvre l'accès de la justice

(1) Ulp. f. 1. § 43. D. 16. 3. *Depositi. Ambo dolo fecerunt, adversus unumquemque eorum agi poterit; alter dolo non fecit; idcirco sit absolutus.*
(2) Papin. f. 9. pr. Pompon. f. 18. D. 45. 2. *De duobus reis.*

sociale que limitativement. *Una res vertitur*. Pour une affaire, pour un intérêt unique, une action suffit. Le créancier choisira entre ses débiteurs le plus solvable; c'est déjà un précieux avantage; mais plusieurs ne seront pas condamnés, exécutés, incarcérés pour une seule dette (1). — Le droit du créancier se réduit à l'*electio*.

Dans la solidarité simple ou naturelle, chacun des débiteurs est tenu pour le tout en raison de sa faute. Il existe autant de causes d'obligation que de personnes obligées. La faute de chacun ouvre un droit de poursuite contre lui. Le créancier a autant d'actions qu'il y a de personnes coupables et responsables envers lui, quoiqu'il n'ait éprouvé qu'un dommage. La règle *de eadem re ne bis sit actio* s'y prête, au lieu de s'y opposer. — Le droit du créancier d'agir ne s'éteint que par la réparation du dommage.

La théorie que nous exposons fournit une explication logique de la différence admise en droit classique quant à la procédure. Mais elle ne repose pas sur cette différence passagère, et elle a conservé sa valeur après la réforme accomplie par Justinien.

Le droit ancien, dans son désir de diminuer le nombre des procès et de rendre plus rare la rigoureuse exécution forcée contre les débiteurs, avait mesuré l'action sur la créance. L'unité de créance entraînait l'unité d'action.

Le législateur du Bas-Empire, moins touché du sort des débiteurs condamnés qui ne subissent plus les mêmes rigueurs, veut, avant tout, assurer l'acquittement de la dette, et il proportionne le nombre des poursuites au nombre des personnes obligées envers le créancier. La solution est juste et ne répugne pas à l'essence d'une obligation, unique dans sa cause et dans son objet, multiple quant aux sujets passifs sur lesquels elle pèse (2).

---

(1) M. Gide, *Novation*, p. 322, note 2. Von Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, t. 14, p. 33. — (2) Just. L. 28. C. 8. 41. *De fidej*. Explic. n° 1271. Il n'est pas hors de propos d'insister sur les conséquences de la règle ancienne et sur la portée de la réforme.

Le créancier qui avait action contre des *correi promittendi* était réduit à l'*electio*. Après avoir agi pour le tout contre l'un, il avait perdu le droit d'agir contre les autres. Mais il faut tenir compte de ce qu'un créancier peut agir contre son débiteur pour une partie seulement de sa créance, sauf à laisser un certain intervalle entre les instances successives. Gaius. Com. 4. § 122. Après avoir demandé moitié de la dette à Primus, l'un de ses débiteurs corréaux, il pouvait demander à Secundus, codébiteur corréal, l'autre moitié. Il ne violait pas la règle *de eadem re ne bis sit actio;* car pour chaque partie de sa créance, il n'agissait qu'une fois. Il observait la nécessité de l'*electio* à chaque ouverture d'une instance ayant pour objet une partie de la dette. — Il s'ensuit que le créancier pouvait agir simultanément contre tous ses débiteurs corréaux en demandant à chacun une part seulement de la dette. — Que les instances soient successives ou simultanées, cela est indifférent au respect du principe.

La solidarité simple comportait une autre manière de procéder. Le créancier avait la faculté d'agir pour le tout contre chacun de ses débiteurs soit successivement, soit simultanément. Il pouvait (sauf l'effet du bénéfice de division, qui suppose la solvabilité manifeste des débiteurs compris dans la division

L'innovation de Justinien a supprimé la différence pratique, la plus saillante en droit classique, entre la corréalité et la solidarité simple. Mais la distinction reposant sur la nature des choses, a subsisté, et elle entraîne, suivant nous, des conséquences importantes.

Justinien, statuant sur le sort de la dette corréale, a décidé qu'une reconnaissance émanée de l'un des débiteurs, qu'un acte interruptif accompli contre l'un des débiteurs, interromprait le cours de la prescription libératoire à l'égard de tous (1). — La dette est unique dans son principe ; elle ne saurait avoir une destinée diverse à l'égard des codébiteurs. Elle subsiste ou elle s'éteint à l'égard de tous (2). — Les promettants ont consenti à ce que chacun d'eux résumât et représentât toute la dette en face du créancier (3). — Tels paraissent être les motifs de la décision.

La même solution ne doit pas être admise à l'encontre des débiteurs tenus d'une solidarité naturelle. La Constitution ne s'y applique pas textuellement, et les motifs ne commandent aucune extension d'un cas à l'autre. Dans la solidarité simple, chacun des débiteurs répond de sa faute ; l'obligation de chacun a sa cause propre peut avoir sa destinée propre.

Nous avons vu que les codébiteurs corréaux répondent du fait les uns des autres. Cette garantie du fait d'autrui est regardée comme comprise dans la volonté de prendre sur soi arbitrairement la charge de la dette d'autrui (4).

Cette règle, qui suppose une dette de corps certain, n'est point applicable à la solidarité naturelle, qui est toujours une dette de dommages et intérêts à raison d'une faute commune.

Enfin il est une différence que nous croyons exacte, sur laquelle toutefois le doute est permis.

Dans la corréalité, la chose jugée sur l'existence de la dette avec l'un des obligés a effet à l'égard de tous. C'est la conséquence de ce qu'en face du créancier, chacun des promettants résume et représente la dette entière. La dette est unique ; chacun la soutient comme s'il l'avait seul contractée. Cette solution, qui n'avait guère l'occasion d'être émise en droit classique à cause de l'unité d'action et d'instance, est devenue pratique et importante sous Justinien, qui admet les poursuites successives contre les différents débiteurs (5).

---

obtenir en même temps condamnation pour le tout contre chacun des débiteurs.

La réforme de Justinien a pour conséquence de permettre au créancier d'agir simultanément pour le tout contre ses débiteurs multiples en cas de corréalité aussi bien qu'en cas de solidarité simple.

(1) Just. L. 5. Cod. 8. 10. *De duob. reis.* — (2) Sauf l'effet d'un événement qui supprime la personnalité de l'un des débiteurs. Pomp. f. 19. Dig. 45. 2. — (3) Arg. Venul. f. 31. D. 46. 2. *De nov. Unumquemque perinde sibi acquisisse, ac si solus stipulatus esset.* En sens inverse, nous pouvons dire : *Unumquemque perinde obligatum, ac si solus promisisset.* — (4) Pomp. f. 18. Dig. 45. 2. — (5) On invoque pourtant, à l'appui de cette solution, un texte de

Mais il ne semble pas que la même solution convienne à la solidarité simple. Les débiteurs sont tenus d'obligations distinctes. Chacun soutient en justice sa cause propre et à ses risques. La chose jugée avec l'un est sans force à l'égard des autres (1).

La solidarité simple comporte le bénéfice de division entre les solvables, lorsque les codébiteurs, coupables de faute et non de dol, sont tenus d'obligations contractuelles ou quasi contractuelles régies par la bonne foi (2).

Le lien de la corréalité établi entre personnes qui ont figuré dans la promesse comme débiteurs principaux (nous faisons donc abstraction des *adpromissores*) est exclusif du bénéfice de division. — La solidarité artificielle est une disposition introduite pour fortifier la situation du créancier et augmenter ses droits. Elle est destinée à lui procurer non-seulement une plus grande certitude de payement, mais encore une plus grande facilité de poursuite. L'exception de division enlèverait au créancier une partie de ces avantages (3).

Parmi les anciens interprètes, beaucoup et de considérables ont cru qu'une novelle, la novelle 99, avait accordé le bénéfice de division à tous les *correi promittendi*. Opinion qui, en elle-même, semble au premier abord équitable; car la division entre les solvables ne compromet pas le payement, but essentiel à atteindre (4).

---

l'époque classique. POMPONIUS. f. 42. § 3. DIG. 12. 2. *De jurej*. Il faut alors référer la décision à l'hypothèse où, par une clause expresse et suivant un procédé que nous ne connaissons pas avec certitude, le créancier avait obtenu le droit exceptionnel d'agir successivement contre ses différents *correi debendi*; ainsi que nous l'atteste Justinien. L. 28. COD. 8. 41. — Peut-être Pomponius avait-il écrit : *exceptio rei in judicium deductæ* et avait-il fait allusion purement à l'effet consommatoire de la litiscontestation, lequel effet se produisait tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. Voy. GAIUS. 4. § 106 et suiv. — L'argument tiré du texte subsiste, quoique affaibli; on doit supposer que c'est à dessein et après réflexion que les commissaires byzantins ont rattaché à l'autorité de la chose jugée, l'effet qui résultait autrefois de la simple *deductio in judicium* d'un droit qui ne pouvait s'exercer qu'une fois.

(1) Arg. PAPIN. f. 52. § 3. DIG. 46. 1. *De fidej*. Un des *mandatores credendæ pecuniæ* a été poursuivi et absous. Le créancier conserve le droit de renouveler ses attaques contre un autre *mandator*. La généralité des mots *absolutus, ceteri non liberantur*, semble bien indiquer que le débat demeure entier et la liberté de discussion intacte, quelle que soit la cause de l'absolution. — (2) Faute, bénéfice de division : ULP. f. 1. § 11. DIG. *De tut. act.* 27. 3. Dol., *secus* : CELSUS. f. 7. DIG. *De magist. conv.* 27. 8. *Non obstat*. PAP. f. 38. pr. § 1. DIG. *De adm. tut.* 26. 7. Nous entendons ce texte ainsi : Le pupille n'est pas réduit à l'*electio*. Il peut agir simultanément et pour le tout contre ses tuteurs coupables d'une faute grave assimilable à un dol. La condamnation prononcée solidairement sera exécutée, en fait, contre ceux-là seuls qui sont solvables. Cela n'est pas injuste. En matière de délits, il n'est jamais parlé de division. — (3) Marcellus émet un doute à l'égard des débiteurs tenus d'une solidarité arbitraire en vertu d'un contrat de bonne foi (f. 47. DIG. 19. 2); mais il reconnaît au créancier la faculté d'écarter le bénéfice de division en offrant la cession de ses actions. Un rescrit de Valer. et Gall. (l. 13 Cod. 4. 65) prouve que la jurisprudence, hésitante à l'époque de Marcellus, s'est fixée dans le sens du refus du bénéfice de division. — (4) CUJAS. *Expos. novel.*

— C'est une erreur aujourd'hui universellement reconnue. La nouvelle se réfère à une hypothèse particulière et bien rare dans la pratique. Des *correi promittendi* se constituent, en outre, fidéjusseurs les uns des autres. Le créancier accepte cette fidéjussion réciproque qui se combine avec la corréalité principale. Il en résulte que chaque débiteur a, pour ce qui excède sa part dans la dette, un bénéfice de discussion qui aboutit à une division entre les solvables (1).

En dehors de cette hypothèse spéciale, presque extraordinaire, la corréalité demeure exclusive du bénéfice de division. Ce bénéfice ne compromet pas, il est vrai, le payement, à la condition pourtant que le créancier soit très-vigilant; mais il entrave la poursuite, il impose une complication gênante et retarde au moins la conclusion, c'est-à-dire le payement. Il est donc en contradiction avec le but de la corréalité.

Les progrès du droit romain nous ont conduit, de la corréalité, qui a paru si éloignée de nos idées modernes qu'il a fallu inventer un mot pour la désigner, à un système analogue à celui qui existe d'après le Code civil et la jurisprudence de nos cours.

La volonté des parties ou du législateur peut introduire, dans l'obligation contractée par plusieurs, une modalité d'après laquelle chacun des débiteurs doit la totalité de l'objet d'une dette unique et simple dans sa cause; la mise en demeure de l'un des débiteurs, la reconnaissance interruptive de prescription émanée de l'un d'entre eux, produisent effet contre les autres. C'est la solidarité.

Lorsqu'un dommage a résulté d'une faute ou d'un délit civil commis par plusieurs, la personne lésée a une action en réparation pour le tout contre chacun de ceux qui sont en faute. La réparation n'est due qu'une fois. Le sort de chacun est indépendant du sort des autres. C'est l'obligation dite *in solidum* (2).

J. E. L.

Il nous reste à dire quelques mots d'un point qu'a traité, avec une grande sagacité, M. Machelard (*Observations sur la corréalité*, 1875), des voies de recours qui pouvaient exister entre les *correi stipulandi aut promittendi*, en prenant la stipulation comme l'application la plus usuelle de la corréalité.

Toutes les fois qu'il existe une société entre les *correi*, soit *stipulandi*, soit *promittendi*, on se rend parfaitement compte de l'institution de la corréalité. Le *correus stipulandi*, comme notre associé en nom collectif, est autorisé à agir seul contre les tiers, sauf à rendre compte à ses coassociés de ce qu'il aura perçu. Le

(1) M DE SAVIGNY. *Du droit des oblig.* § 26. *Trad. Jozon et Gérardin*, t. 1, p. 307 et suiv. M. DEMANGEAT. *Oblig. sol.* p. 325. — (2) C. civ. art. 1200 et suiv. art. 1382, art. 2249.

*correus promittendi,* à l'inverse, comme notre codébiteur solidaire, peut être poursuivi pour le tout, sauf à se faire indemniser par ses coassociés.

Mais, lorsqu'il n'existe point de société entre les *correi,* la corréalité romaine semble exclure tout recours, soit contre le *correus stipulandi,* qui a seul profité de la créance, soit en faveur du *correus promittendi,* qui a seul acquitté la dette. Comment s'expliquer une institution si contraire à nos idées modernes et qui semble choquer la raison? Quelle utilité pouvait présenter ce mode de contracter, dans lequel tout l'avantage appartenait au premier occupant, toute la perte restait définitivement à la charge du premier poursuivi? « Espèce de loterie, dit M. Machelard, « par suite de laquelle ni le gagnant, ni le perdant n'aura de « comptes à rendre ou à demander. » Les anciens interprètes ont constaté le fait, sans chercher à l'expliquer. Mais aujourd'hui que l'on s'efforce de rechercher le sens de toutes les anciennes institutions, on voudrait arriver à jeter quelque jour sur ce point, fort peu éclairci jusqu'ici, de la législation romaine.

La corréalité active se conçoit jusqu'à un certain point dans les legs, pour lesquels les textes nous fournissent plusieurs exemples. On comprend qu'un testateur, ayant en vue plusieurs œuvres, sans avoir de prédilection spéciale pour aucune d'elles, destine une somme déterminée à celle qui se présentera la première vis-à-vis de son héritier. Un recours tendant à partager le bénéfice du legs, de la part des autres légataires éventuels, serait manifestement contraire à la volonté du disposant, qui a voulu faire une seule fondation importante, et non plusieurs fondations d'un intérêt secondaire. On comprendrait également une libéralité entre-vifs, dans les mêmes circonstances, faite au profit de l'un quelconque de plusieurs *correi stipulandi,* la donation s'opérant sous forme de promesse.

Mais la plupart des textes supposent une stipulation à titre onéreux; comment comprendre alors un contrat qui profiterait ainsi au premier occupant?

Deux explications ont été proposées.

Suivant la première, il faudrait supposer des personnes n'ayant entre elles aucunes relations d'intérêt, mais amenées par les circonstances à faire la même stipulation vis-à-vis d'un même débiteur. Ainsi, deux individus (M. Demangeat, *Cours de droit romain,* tom. II, p. 264) se présentent chez un *argentarius* pour lui emprunter la même somme, cent mille sesterces, dont chacun d'eux a besoin isolément, sans qu'ils soient associés ou mandataires l'un de l'autre. Le banquier, n'ayant à sa disposition que cent mille sesterces, les constitue *correi stipulandi* pour cette somme, qui sera versée à celui qui se présentera le premier, sans aucun recours évidemment de la part du costipulant. On a répondu à cette explication qu'il est bien invraisemblable que

celui qui a besoin de cent mille sesterces se contente ainsi d'une promesse aléatoire. Dans tous les cas, en supposant le fait possible, il ne se présenterait que dans des circonstances tellement exceptionnelles, qu'elles ne sauraient motiver une institution aussi importante que la corréalité.

La seconde explication est beaucoup moins étrange quant aux faits qu'elle suppose. Un mandataire (M. Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, p. 328) a besoin d'argent pour l'exécution de son mandat. Le mandant se présente avec lui chez un banquier avec qui il est en compte. Le mandant et le mandataire stipulent *correaliter* la somme nécessaire : si c'est le mandataire qui la touche, il l'emploiera directement; si c'est le mandant, il la remettra au mandataire. Dans l'un et l'autre cas, ils n'auront de compte ensemble qu'à raison du mandat, et non comme *correi* (1). M. Machelard, pour combattre cette explication, a fait observer avec raison que le recours n'est jamais fondé sur la corréalité, mais sur les rapports personnels qui peuvent exister entre les *correi*. La décision de M. Accarias est exacte, mais elle ne fait qu'appliquer au mandat ce qu'on décide plus communément pour la société. Le mandat ne se présume point, sans doute, mais il en est de même de la société. Vis-à-vis des tiers, le *correus* est le seul en jeu; entre les *correi*, c'est à celui qui veut établir des rapports justifiant le recours, à prouver l'existence de ces rapports. Ces rapports prouvés, comme on le suppose dans l'espèce, les intérêts des parties se trouvent clairement établis, il n'y a plus dans le *negotium* un caractère aléatoire, il n'y a plus lieu dès lors de se demander, comme le fait Ulpien, dans un texte que nous citerons tout à l'heure (l. 62, pr., D., *Ad leg. falcid.*), *in utrius bonis computari oporteat id quod debetur*. Or, c'est précisément ce caractère aléatoire qui fait la difficulté du problème.

Après avoir réfuté les explications proposées, M. Machelard, sans insister davantage en ce qui touche les *correi stipulandi*, se borne à faire observer que la corréalité active devait être rare dans la pratique. Il est vrai qu'elle est mentionnée par beaucoup moins de textes que la corréalité passive; que rien ne fait supposer qu'elle ait été étendue, comme cette dernière, aux contrats de bonne foi; qu'enfin, le silence de la constitution 28 C. (8, 41) sur l'effet de la *litis contestatio*, en ce qui touche les *correi stipulandi*, peut fort bien s'expliquer par la désuétude où serait tombée l'institution. Mais enfin cette institution, bien que moins fréquemment usitée, ne nous est nulle part présentée comme abolie. Sans doute, nous n'avons point ici, comme nous allons le voir pour les *correi promittendi*, le bénéfice de la cession d'ac-

---

(1) M. Accarias pose une autre hypothèse, un peu plus compliquée, à laquelle s'applique la même solution.

tions. Mais est-il possible d'admettre que le droit romain, dans lequel, après tout, l'équité a fini par dominer, ait maintenu jusqu'au bout, dans la corréalité active, une convention aléatoire aussi peu raisonnable?

Ou bien, il faut se placer dans une hypothèse analogue à celle qu'a imaginée M. Demangeat, dans laquelle il n'existe aucun rapport d'intérêts entre les costipulants, et alors la nature même de la négociation exclut toute possibilité de recours entre eux; ou bien il faut supposer que l'affaire intéresse, en effet, chacun des *correi*, quoiqu'il n'y ait entre eux ni société, ni mandat. Mais alors est-il vrai que l'essence de la solidarité repousse invinciblement tout recours? Voici, à cet égard, la doctrine, qui nous semble très-exacte, de M. de Savigny (*Droit des obligations*, § 23, trad. de MM. Gérardin et Jozon):

« La nature essentielle et abstraite de l'obligation corréale, « prise en elle-même, ne conduit pas à l'idée d'un règlement; « cette idée est étrangère à l'essence de l'institution. Il faut « admettre cette proposition; mais, à la rigueur, ce qu'elle ren« ferme, ce n'est pas tant la négation du recours que la sim« ple absence d'un motif pour admettre le recours. La diffé« rence entre ces deux idées consiste en ce que, s'il *était* « possible de trouver quelque motif pour admettre le recours à « côté de l'obligation corréale et en dehors d'elle, on ne pourrait « voir dans ce recours aucune contradiction avec le rapport de « corréalité, ni aucune atteinte portée à son essence. Il résulte « de là que les cas de recours admis ne peuvent pas être regar« dés, à proprement parler, comme de véritables exceptions, « mais plutôt comme des rapports de droit indépendants, qui « existent en dehors et à côté du rapport de corréalité. »

En partant de cette idée, qui n'a rien que de parfaitement raisonnable, il faut reconnaître que, s'il y a une certaine communauté d'intérêts entre les *correi stipulandi*, celui qui a bénéficié seul de la stipulation se trouve avoir fait, au moins partiellement, l'affaire d'autrui. N'y a-t-il point, dès lors, ouverture en faveur des *correi*, suivant la doctrine d'Africain, que nous avons développée (App. 1, liv. 2), à une action *negotiorum gestorum utilis ?* M. de Savigny, sans défendre complètement cette idée, qui a été admise par certains jurisconsultes allemands, reconnaît cependant (même § 23) que l'objection tirée de ce que le *correus* fait sa propre affaire plutôt que celle d'autrui n'est pas complètement décisive, parce que les jurisconsultes romains ont également, dans quelques autres hypothèses, traité la *negotiorum gestio* avec une certaine élasticité. Toutefois, le grand jurisconsulte pense qu'il faut se reporter moins à l'époque du payement qu'à celle où a été contractée l'obligation corréale, et que dès lors ce serait par l'action de mandat, plutôt que par celle de gestion d'affaires, que devrait s'exercer le recours entre *correi*.

En ce qui touche la corréalité passive, par cela seul qu'elle se présentait plus fréquemment que la corréalité active, la question de recours offre plus d'intérêt.

On comprend que la volonté du testateur puisse imposer la prestation d'un legs, sans recours, à celui de ses héritiers qui sera poursuivi par le légataire. On peut également concevoir, à toute force, une libéralité entre-vifs faite au profit d'une personne par deux copromettants, qui entendraient éventuellement réserver exclusivement à l'un d'eux les obligations et l'honneur résultant de la donation. Ce qu'il est, ici encore, plus difficile de saisir, c'est l'intérêt que présenterait un engagement à titre onéreux, sans recours entre les *correi*, tel qu'il semblerait ressortir, le plus souvent, de la corréalité stipulée et de celle qui s'était introduite dans les contrats de bonne foi.

Pour résoudre le problème, on a supposé (MM. Demangeat et Accarias, *loc. cit.*) qu'ayant besoin d'une certaine somme à Éphèse, je m'adresse, pour plus de sûreté, à deux banquiers ayant chacun un comptoir dans cette ville, et je les constitue *duo rei promittendi*. Ce contrat ne suffit point pour établir une société entre les deux banquiers; ils sont tenus envers moi, sans avoir pour cela un recours à exercer l'un contre l'autre.

Cette supposition est plus ingénieuse que pratique, comme l'a fort bien montré M. Machelard. De deux choses l'une, ou je possède des fonds chez ces banquiers, ou je leur demande de m'ouvrir un crédit. Dans la première hypothèse, je n'ai qu'à stipuler séparément de chacun d'eux la somme que j'entends éventuellement retirer de mon compte; la solidarité serait puérile, elle n'ajouterait rien à ma sécurité. Dans la seconde hypothèse, j'ai, sans doute, intérêt, pour éviter un double droit de change et de commission, à obliger les deux banquiers par une promesse corréale; mais il est par trop clair que les copromettants ne seront pas assez simples pour faire chacun isolément les frais nécessaires afin de réaliser à Éphèse la somme stipulée; ils s'entendront pour ne point faire double emploi. Il ressort des faits, tels qu'on nous les présente, qu'ils agiront de concert; il y aura dès lors forcément, entre eux, recours par l'action *pro socio* ou *mandati*.

Il faut donc le reconnaître, pour la solidarité passive, comme pour la solidarité active, un contrat à titre onéreux sans recours ne se comprend pas. Seulement, comme M. de Savigny l'a fort bien dit dans le passage précité, la corréalité, par elle-même, ne suppose aucun recours, mais elle ne l'exclut point non plus. Il n'en est point comme de la position du fidéjusseur, qui, par elle-même, implique une relation avec le débiteur principal. Autre chose, après tout, est de reconnaître que le *correus promittendi* se trouve strictement et personnellement lié vis-à-vis du créancier, autre chose est de lui refuser un recours vis-à-vis de ses

*correi*. Mais quel peut être ce recours, en supposant qu'il n'existe point entre eux de relations évidentes de société ou de mandat?

Ici se présente d'abord la même solution qui a été proposée pour les *correi stipulandi*, l'action *negotiorum gestorum utilis* pour celui qui a fait l'affaire commune, en même temps qu'il faisait la sienne. Cette décision ressort d'un texte qui a trait, sinon à la corréalité proprement dite, du moins à la solidarité entre cotuteurs et magistrats municipaux.

« Ex facto quærebatur, dit Julien (Dig. 3, 5. *De neg. gest.* 30), quemdam ad siliginem emendam decreto Ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium siliginis, quo in publicum empta esset, curatori adflictum esse, quaque actione curator cum subcuratore experiri possit, et consequi ut ei salvum esset quod culpa ejus damnum cepisset? Valerius Severus respondit, adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam. Idem respondit, ut Magistratui adversus Magistratum eadem actio detur, ita tamen si non sit conscius fraudis. Secundum quæ, etiam in subcuratore idem dicendum est. »

Il paraît bien résulter de ce texte qu'au cas de solidarité proprement dite (1), Julien accorde une action utile de gestion d'affaires au codébiteur qui a acquitté toute la dette. En serait-il de même pour un *correus promittendi?* M. Demangeat (*Oblig. solid.*, p. 229) repousse, comme trop subtile, l'opinion de M. de Vangerow, qui refuse d'appliquer à la corréalité la même décision qu'à la solidarité, parce qu'à la différence du débiteur solidaire, lequel, en payant, éteint tout à la fois son obligation et celle de son codébiteur, le *correus* n'éteindrait que son obligation, et non celle d'autrui, puisqu'il n'y en a qu'une. L'action *negotiorum gestorum*, essentiellement fondée sur l'équité, répugne à une doctrine aussi rigoureuse. Mais M. Demangeat, tout en appliquant à la corréalité la décision de Julien, la rattache au système particulier de Julien et d'Africain (D. 3, 5, *De neg. gest.*, 49) sur la gestion d'affaires, système qui n'aurait point prévalu (2). Nous nous sommes expliqué sur ce point dans notre Appendice I (liv. II), où nous avons cherché à établir, au moins dans le dernier état du droit, cette extension équitable de l'action *negotiorum gestorum*.

M. de Savigny (*loc. cit.*), pour la corréalité passive comme pour

(1) C'est à tort que Cujas, dans son commentaire sur le livre III du *Digeste* de Julien, veut restreindre l'application de ce texte aux rapports entre collègues — (2) Pour sauver du reproche de contradiction Julien, qui, dans la loi 38, *De condictione indebiti* (D. 12. 6), n'accorde que le droit de rétention au possesseur de bonne foi qui a construit sur le terrain d'autrui, M. Demangeat fait observer que celui qui a payé la dette d'autrui en payant la sienne n'avait pas le droit de rétention. Mais cette distinction n'est-elle pas elle-même un peu subtile?

la corréalité active, s'attache plus volontiers à l'idée d'un mandat présumé entre les *correi*. « On peut, dit-il, concevoir les choses « en ce sens que la simple obligation corréale, abstraction faite de « toute autre circonstance, renfermerait en elle-même une espèce « de cautionnement réciproque, duquel on pourrait alors faire dé- « river l'*actio mandati*, et arriver ainsi au recours. Cette idée, « si on veut laisser de côté le mot de cautionnement, pour aller « au fond des choses, est d'une parfaite exactitude ; car, en l'ab- « sence d'une société, l'intention de chacun des débiteurs cor- « réaux sera, la plupart du temps, de donner à son codébiteur « mandat de conclure le contrat commun, afin que ce contrat « puisse se réaliser. »

M. Machelard, sans se prononcer d'une manière aussi catégorique, paraît aussi rattacher jusqu'à un certain point la notion de la corréalité à l'idée de mandat. Toutefois M. de Savigny avoue que cette opinion, bien que fondée en elle-même, ne se trouve pas reconnue dans nos sources de droit, et qu'une voie différente a été préférée comme plus facile et plus simple.

Et en effet, soit que l'on admette, en principe, l'absence de recours entre les *correi* non associés, soit plutôt que l'on considère la difficulté que pouvait présenter pour le *correus* la preuve de ses rapports avec ses coprometttants, n'existe-t-il pas pour lui un moyen de sauvegarder ses intérêts, sans mettre en péril ceux du créancier, la cession d'actions ?

Le bénéfice *cedendarum actionum* était admis à Rome là où il offrait un intérêt moins grave, puisqu'il s'agissait, non d'assurer un recours, qui existait toujours au moyen de l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, mais de rendre ce recours plus efficace au moyen du transport des garanties accessoires ; c'est ce qui arrivait lorsque le créancier poursuivait un fidéjusseur. « *Qui et reum et fidejussores habet*, dit Paul (D. 46, 1, *De fidej.*, 36), *ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia, præstat actiones.* » Si cette cession ne faisait que consolider le recours du fidéjusseur poursuivi vis-à-vis du débiteur principal, elle était nécessaire vis-à-vis des autres fidéjusseurs, sinon, ajoute Paul, *omnes liberati sunt*. Et en effet, la loi Apuleia, qui établissait une société entre les *sponsores* et les *fidepromissores* (Gaius, Com. III, § 122), n'a point été étendue aux fidéjusseurs. On sait seulement qu'ils avaient le bénéfice de division.

Au cas de solidarité proprement dite, on s'était demandé s'il y avait lieu d'accorder aux codébiteurs le bénéfice de division, ou s'il ne valait pas mieux, pour protéger les intérêts du créancier, procéder par la voie de cession d'actions. C'est ce dernier parti qui avait prévalu, ainsi que l'atteste le texte suivant de Marcellus (D. 19, 2, *Loc. cond.*, 47) :

« Cum apparebit, emptorem conductoremve pluribus vendentem, vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam : ita demum

ad præstationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo : quanquam fortasse justius sit, etiam si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit, non auferendam actori, si actiones suas adversus cæteros præstare non recuset. »

On est d'accord pour admettre également la cession d'actions au profit du *correus promittendi,* lorsqu'il justifie de l'existence d'une société (ou du moins d'un mandat) entre ses *correi* et lui. Il oppose alors l'exception de dol au créancier, suivant le texte de la loi 65 *de evictionibus,* que nous allons bientôt citer; et il obtient par là, vis-à-vis de ses *correi,* un recours qui peut être plus efficace que l'action personnelle *pro socio* ou *mandati.* Sa position est alors identique avec celle du fidéjusseur qui se fait céder les actions du créancier contre le débiteur principal.

L'intérêt du *correus promittendi* au bénéfice de cession d'actions est bien plus grand, si l'on suppose qu'il ne peut justifier d'aucun rapport d'intérêts entre ses *correi* et lui, puisqu'alors la cession ne lui est plus simplement utile, mais bien indispensable. C'est cependant dans cette hypothèse que, contrairement à la doctrine généralement admise en France et en Allemagne, M. Accarias (*Précis de droit romain,* tom. II, n° 551) refuse impitoyablement au *correus promittendi* le droit d'opposer l'exception de dol au créancier qui ne voudrait point lui céder ses actions.

Le motif sur lequel s'appuie cette doctrine nouvelle, c'est que, pour être fondé à exiger une cession des actions, il faut être autorisé à se prévaloir d'un droit antérieur, soit vis-à-vis de celui à qui elles appartiennent aujourd'hui, soit contre ceux qui en sont tenus. Mais, comme le fait très-bien observer M. Machelard, si ce principe était vrai, il s'appliquerait, à plus forte raison, au fidéjusseur réclamant la cession des actions du créancier contre les autres fidéjusseurs, puisqu'à Rome, à la différence du système de notre Code (art. 2033), le fidéjusseur n'a point de recours personnel contre les autres cautions, dont il peut même ignorer l'existence, tandis que le recours est possible entre les *correi promittendi.* Le fidéjusseur n'a également aucun droit antérieur vis-à-vis du créancier. Nul doute cependant qu'il ne puisse se faire céder les actions contre les autres fidéjusseurs, aussi bien que contre le débiteur principal. Le principe posé est donc inexact, et aucune règle de droit n'interdit, dès lors, au *correus* le bénéfice *cedendarum actionum.*

Si le créancier refuse de céder ses actions, il y aura lieu de donner au *correus* une action utile, en remplacement des actions qui compètent au créancier. Telle est la doctrine générale sur la cession d'actions, doctrine que l'on applique à la solidarité entre tuteurs, suivant le témoignage d'Ulpien (D. 27. 3, *De tutel. et ration.* 1, § 13) :

« Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones,

constitutum est a divo Pio, et ab imperatore nostro et divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. »

Il y a la même raison d'appliquer cette décision à la corréalité, une fois que l'on y admet le bénéfice de la cession d'actions.

Après avoir justifié, en principe, la doctrine commune sur le bénéfice de cession d'actions attribué aux *correi*, il nous reste à mentionner les textes sur lesquels se fonde cette doctrine, et celui que lui oppose l'opinion contraire.

En faveur de la cession forcée, on cite d'abord ce fragment de Papinien (D. 21. 2, *De evict.* 65) :

« Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt : cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quærebatur an uterque heredum conveniri posset. Idque placebat, propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur; quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiæ erciscundæ judicium eo nomine utile est : nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? Cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. »

Dans l'espèce de cette loi, deux héritiers ont vendu séparément *pro portionibus hereditariis* un immeuble du défunt, et chacun d'eux s'est engagé, suivant l'usage, en cas d'éviction, à rembourser à l'acheteur le double du prix. L'immeuble était hypothéqué par le défunt. *Primus* seul a payé sa part dans la dette hypothécaire. Le créancier, à raison de l'indivisibilité de l'hypothèque, a évincé l'acheteur pour se faire payer du surplus. L'acheteur réclame le payement du double vis-à-vis de chacun de ses vendeurs. *Primus,* qui se trouve ainsi par la faute de son cohéritier obligé à payer le double pour sa part, aura-t-il le droit de se faire céder les actions de l'acheteur contre *Secundus?* Non, parce qu'il s'agit de deux ventes complètement séparées, et que l'acheteur est fondé à invoquer contre chacun des vendeurs la *stipulatio duplex. Primus* pourra seulement se faire indemniser, par l'action *familiæ erciscundæ,* du dommage que lui cause la négligence de son cohéritier. S'il n'est pas fondé à invoquer le bénéfice de cession d'actions, c'est, dit Papinien, qu'il n'y a point eu corréalité dans l'engagement, *quia non duo rei facti proponerentur.*

Dans l'opinion qui refuse ce bénéfice aux *correi* non associés, on explique le texte de Papinien en disant que, si les héritiers avaient contracté ensemble vis-à-vis de l'acheteur, ils seraient *socii,* et que c'est précisément cette absence de société qui met ici obstacle à la cession forcée. Mais ce n'est pas là ce que dit le

jurisconsulte; il se réfère purement et simplement à l'absence de corréalité : *quia non duo rei facti proponerentur*. L'argument est *a contrario,* mais il est concluant, et M. de Savigny l'a trouvé tellement décisif qu'il n'a pas même supposé qu'on pût donner une autre interprétation du texte.

La doctrine commune s'appuie également sur une constitution de Dioclétien et de Maximien, qui forme la loi 2, au Code, *de duobus reis* (8. 40) :

« Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, à quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur. »

Pour soutenir que ce texte n'accorde point d'une manière générale un recours aux *correi promittendi,* on s'attache à une interprétation, qui remonte à Vinnius (*Select. quæst.* 1. 6), d'après laquelle il s'agirait de deux personnes ayant fait un emprunt dans un intérêt commun, *communiter;* alors, il est par trop évident que celui qui a remboursé le tout a recours contre son coassocié par l'action *pro socio* ou *communi dividundo*.

Mais, d'abord, il est difficile de comprendre comment on aurait pu solliciter un rescrit impérial sur une question aussi simple que celle de savoir si un associé qui a fait un payement pour une affaire commune peut recourir contre son coassocié. Sans doute, au point de vue philologique, *communiter* peut s'entendre d'un intérêt commun, aussi bien que de l'acte simultané de *duo rei promittendi;* mais il faut voir quel est le sens qui ressort le plus vraisemblablement de l'ensemble du rescrit. Or, les faits posés sont la corréalité : *cum sint duo rei promittendi.* C'est seulement dans la réponse qu'il est dit au postulant : *cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti,* ce qui semble bien une manière de désigner sous une autre forme le contrat corréal, l'engagement contracté ensemble, *communiter.* Mais ce qui paraît surtout caractériser la portée de la décision des empereurs, c'est l'intervention du magistrat qui y est signalée : *Rector provinciæ juvare te non cunctabitur*. L'expression *juvare* a trait évidemment, non à une application du droit commun, mais à un recours prétorien. Ce recours, que peut-il être, si ce n'est la cession d'actions, et subsidiairement l'action utile (1) contre le *correus promittendi?*

Voici maintenant le texte sur lequel s'appuie l'opinion qui

---

(1) On pourrait aussi soutenir qu'il s'agit d'une action utile de gestion d'affaires : ce qui donnerait également un sens sérieux au rescrit. C'est peut-être ainsi qu'il convient d'entendre l'action *in factum* que donne au *correus* M. de Vangerow.

refuse, en principe, au *correus promittendi* le bénéfice de cession; texte qui s'applique, en sens inverse, au *correus stipulandi*, pour exclure tout recours contre lui :

« In lege Falcidia, dit Ulpien (*D.* 35, 2, *Ad leg. Falcid.* 62, *pr.*), hoc esse servandum Julianus ait, ut, si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promisissent; quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse in utrius bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cujus bonis detrahi. »

Ce fragment semble établir la distinction la plus tranchée entre les *correi* associés et ceux qui ne le sont point. Si le défunt, débiteur ou créancier corréal, était associé avec ses *correi*, on fait entrer dans le calcul de la Falcidie la valeur passive ou active qui correspond à sa part dans la société; mais s'il n'y avait point de société, l'événement décidera sur quel patrimoine doit être imputée la dette ou la créance, suivant que les poursuites atteindront tel ou tel *correus promittendi*, ou seront dirigées par tel ou tel *correus stipulandi*. Si, dit-on, le *correus* eût pu invoquer le bénéfice de la cession d'actions, il n'y aurait pas eu de difficulté, du moins pour le cas de solidarité passive; on serait arrivé, au moyen de la cession d'actions, à liquider la position du *correus promittendi*, et dès lors l'affaire n'eût pas été *in pendenti*.

Comme, dans ce texte, Ulpien reproduit une décision de Julien, M. de Savigny suppose qu'à l'époque où écrivait ce dernier jurisconsulte, la doctrine de la cession d'actions, qui aurait fait cesser l'*alea* des poursuites, n'était pas encore bien établie. En conséquence, Julien se serait placé sous l'empire de la doctrine primitive de l'absence de recours entre les *correi*, en faisant abstraction du bénéfice de cession d'action, lequel d'ailleurs ne pouvait point recevoir d'application vis-à-vis des *correi stipulandi*.

MM. Accarias et Machelard sont d'accord pour repousser cette interprétation assez peu vraisemblable. Lors même qu'on supposerait la cession forcée encore douteuse du temps de Julien, Ulpien, dans tous les cas, s'approprie, suivant l'usage des jurisconsultes romains, la décision de Julien, par cela seul qu'il la reproduit sans réserve; et certes, du temps d'Ulpien, la théorie de la cession, si elle était admise, devait être parvenue à sa maturité. M. Accarias conclut de là que la cession ne pouvait être invoquée par le *correus* qu'autant qu'il était associé.

M. Machelard donne une interprétation de la loi 62 plus plausible que celle de M. de Savigny. Il pense qu'en dehors d'une société, il peut résulter de la position respective des *correi*, dans la corréalité active ou passive, notamment d'un mandat (1), une

(1) Nous ajouterons, dans le dernier état du droit, d'une gestion d'affaires; ce qui tendrait à généraliser le droit de recours.

cause légitime de recours en faveur de celui qui a payé, ou contre celui qui a touché dans un intérêt commun. Mais cette position, quant au défunt, ne pourra être éclaircie que par une étude approfondie de ses affaires. Jusque-là, s'il n'y a point de société qui établisse d'une manière palpable quelle était sa position, il faut s'attacher provisoirement au jeu de la corréalité : considérer comme seul débiteur le *correus* qui sera poursuivi, comme seul créancier le *correus* qui poursuivra le premier, et se référer à l'événement des poursuites pour établir les valeurs héréditaires au point de vue du calcul de la quarte falcidie. Plus tard, on pourra reconnaître la part réelle de chacun dans la dette ou dans la créance, et ramener par conséquent à sa véritable estimation cette partie du patrimoine du défunt. En attendant, il y aura lieu de sauvegarder les droits respectifs, au moyen d'engagements contractés par les intéressés, comme aux cas prévus par Gaius (D. 35, 2, *Ad leg. Falcid.* 73, § 1), où l'actif comprendrait des créances conditionnelles : *ut existente conditione, aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant quanto plus consecuti sint.*

Enfin, dans tous les cas où un *correus* est fondé à exiger la cession des actions du créancier, ou bien à obtenir une action utile contre ses *correi*, on est d'accord pour reconnaître que ce *correus* n'est point fondé à agir pour le tout, sauf déduction de sa part personnelle dans la dette, contre un quelconque de ses *correi*. Une pareille décision serait peu équitable, en ce qu'elle multiplierait les actions récursoires, et par là même les chances d'insolvabilité. Il convient de décider pour les *correi promittendi* à Rome, ce que le Code (art. 2033) décide chez nous pour le recours entre fidéjusseurs; que chacun sera tenu pour sa part et portion. A l'appui de cette doctrine équitable, M. de Savigny cite la décision de Papinien (D. 50, 15, *De censibus,* 5, pr.), qui autorise, au cas de contributions pesant sur plusieurs héritages, le possesseur de l'un de ces héritages qui a fait l'avance du tout, à exercer contre les autres possesseurs les actions du fisc, mais eu égard à l'importance respective de leurs possessions.

« Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure convenitur, adversus cæteros quorum æque prædia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco præstantur, scilicet, ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant. »

Enfin, si l'on objectait que l'on ne saurait appliquer au droit commun une décision rendue en matière fiscale, peut-être pour faciliter le recouvrement des tributs, les règles sur la fidéjussion se rapprochent évidemment beaucoup de celles qui régissent la corréalité. Or, dans la loi 10 pr. *de fidejussoribus* (D. 46, 1), citée par M. Machelard, Ulpien autorise le fidéjusseur poursuivi par le créancier, s'il lui offre des garanties suffisantes, à lui donner mandat de poursuivre les autres fidéjusseurs, aux

risques et périls du mandant, mais seulement pour leur part : « Si dubitet creditor an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur in parte : dico eum audiendum esse. »

Mais, dira-t-on, cette division de l'action des créanciers contre les fidéjusseurs n'est qu'une application du bénéfice de division, l'obstacle résultant du danger d'insolvabilité se trouvant levé par les garanties données aux créanciers; la corréalité, au contraire, exclut, par son essence même, le bénéfice de division. On peut répondre que, si ce bénéfice n'existe point pour les *correi*, c'est uniquement pour sauvegarder les intérêts du créancier. Mais, dans les rapports respectifs des *correi*, une fois que l'on admet le recours au moyen de la cession d'actions, il est équitable de répartir proportionnellement entre les intéressés la contribution au payement. Ces rapports n'ont rien de commun avec le caractère rigoureux de la corréalité.

En résumé, nous pensons qu'il peut y avoir un recours personnel entre les *correi stipulandi* ou *promittendi* par les actions *pro socio, mandati* ou *negotiorum gestorum;* que de plus, le *correus promittendi* peut se faire céder les actions du créancier, et subsidiairement obtenir une action utile en son nom propre, mais en divisant son recours contre les *correi*, comme le décide notre Code (art. 1213) pour les débiteurs solidaires.

E.B.

---

## APPENDICE V. (N° 1400, n^os 1563 et suiv.)

### DES DETTES ACCESSOIRES.

En jetant les yeux sur la matière des obligations accessoires en droit romain, on est frappé de la multiplicité des modes selon lesquels une obligation accessoire pouvait être constituée, *sponsio, fidepromissio, fidejussio, mandatum credendæ pecuniæ*, pacte de constitut. Pourquoi tant de moyens divers pour atteindre un but unique, fournir à un créancier une sûreté personnelle ?

M. Ortolan a indiqué que cela résultait du développement historique et successif du droit romain. Nous nous proposons ici d'expliquer cet aperçu.

La réglementation des dettes accessoires est très-difficile. Le législateur hésite entre des mobiles contraires. Il importe de donner au créancier une sûreté aussi forte que possible : ce qui pousse à la sévérité à l'égard du débiteur accessoire. Mais le débiteur accessoire intervient, par dévouement à un ami, dans une affaire

où il n'a aucun intérêt : ce qui détermine à le traiter avec indulgence. — Le débiteur accessoire s'oblige à titre gratuit envers une personne qui presque toujours est créancière en vertu d'une opération à titre onéreux. La libéralité que renferme la dette accessoire s'adresse à une personne autre que le créancier, elle s'adresse au débiteur principal. Il est mal aisé d'en tenir compte dans la détermination du droit du créancier, lequel prête son argent ou fait crédit et subordonne la confiance qu'il accorde aux sûretés qu'il reçoit.

La stipulation a servi tout d'abord à la constitution de la dette accessoire, comme elle servait alors presque uniquement à la formation de la dette principale, à toute création d'obligation civile.

La formule la plus anciennement usitée a été la *sponsio*. Le débiteur principal avait répondu *spondeo*. Le débiteur accessoire, interrogé ensuite, disait : *idem spondeo*. Ce mot *idem* marquait nettement que le débiteur accessoire devait ce que devait le débiteur principal.

La forme de la *sponsio* était propre aux citoyens romains. — Les rapports avec les pérégrins, en se multipliant, rendirent trop étroit le cercle où était contenu le premier mode de garantie personnelle consacré par la coutume.

En outre, par faveur pour le rôle de caution, le *sponsor* pouvait, contre le débiteur principal qui ne remboursait pas dans les six mois la dette payée pour lui, user de la *manus injectio pro judicato* : ce vestige adouci, mais rigoureux encore, du droit primitif de se faire justice à soi-même.

Une formule nouvelle fut inventée : la *promissio* ou *fidepromissio*. Elle fut accessible aux pérégrins, et la *manus injectio pro judicato* ne paraît pas avoir été étendue à la nouvelle forme d'*adpromissio* (1).

Les débiteurs accessoires engagés par *sponsio*, par *fidepromissio*, étaient soumis à des règles déduites du régime, alors dominant et non encore atténué, des contrats formels ; ces règles étaient d'une extrême sévérité.

Sous ce régime pur du formalisme, les paroles prononcées par des personnes douées de raison, étaient obligatoires sans qu'il y eût à rechercher si l'obligation avait ou non une cause réelle (2). Tel était le principe du contrat formel. La forme accomplie dispensait le juge de toute autre vérification. Ce principe était applicable à la dette accessoire, comme à la dette principale créée *verbis*.

Il s'ensuivait que, si la forme de l'*adpromissio* avait été observée, la dette accessoire était valable, alors même que la dette principale qui était sa cause et sa raison d'être, eût été nulle. Un pupille avait promis sans autorisation tutoriale ; une personne

(1) Gaius. Com. 4. § 21. § 25. — (2) Inst. 4. 13. § 2.

capable accédait à sa promesse. Le débiteur accessoire, qui aurait dû examiner les faits avant de parler, était tenu, quoique le débiteur principal ne le fût pas. Le créancier était ainsi garanti par le débiteur accessoire contre l'incapacité du débiteur principal (1).

La *sponsio*, la *fidepromissio* avaient été organisées pour corroborer des obligations verbales. La stipulation était alors presque la seule manière de contracter (2).

Un souvenir de cette règle s'est conservé dans la tutelle. Le tuteur, qui est déjà obligé *quasi ex contractu*, promet, avec la solennité verbale, *rem pupilli salvam fore*, avant que les *adpromissores* par lui fournis ne s'engagent (3).

Il est à croire, suivant nous, que la *sponsio* ou la *fidepromissio*, constitutive de la dette accessoire, devait suivre, et ne pouvait pas précéder la stipulation constitutive de l'obligation principale. L'idée de garantir à l'avance une dette future n'est pas une idée assez simple pour être tout d'abord admise.

Le débiteur accessoire, nous l'avons dit, s'oblige par amitié, manifeste sa confiance dans le débiteur principal et répond en quelque sorte, eu égard à la rigueur des poursuites, corps pour corps de son ami. De ce que l'amitié, la confiance est personnelle, on avait conclu que l'obligation du *sponsor*, du *fidepromissor* était viagère et ne passait pas à ses héritiers. La sureté était précaire comme la durée de la vie humaine (4).

Des lois, inspirées par une grande pitié à l'égard des débiteurs accessoires, motivées peut-être aussi par le triomphe de la plèbe, qui comptait un grand nombre de débiteurs malheureux, vinrent rendre plus douce la situation des *adpromissores*, mais, en même temps, plus imparfaite la réglementation de la dette accessoire et plus incertaine la sécurité du créancier (5).

Une loi Furia limita la durée de l'obligation du *sponsor* ou *fidepromissor* à deux ans, à partir de l'échéance; disposition mauvaise qui précipitait l'exécution de la dette, dissuadait le créancier d'attendre et aggravait le sort du débiteur principal (6).

Cette loi, au cas où plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* avaient garanti une même dette, divisa de plein droit la dette entre ceux des débiteurs accessoires qui existaient encore à l'époque de l'échéance (7); disposition déraisonnable qui enlevait au créancier l'avantage du nombre, puisqu'il n'avait plus qu'un garant pour chaque partie de la dette, et qui même diminuait la sécurité du créancier en raison du plus grand nombre de débiteurs accessoires qu'il recevait; car plus ils étaient nombreux,

(1) GAIUS. 3. § 119. — (2) GAIUS. *Eod.* — (3) ULP. f. 4. § 2. § 3. DIG. *Rem pup. salv. fore.* 46. 6. — (4) GAIUS. 3. § 120. — (5) APPLETON. *Étude sur les spons. fidepr. Revue de législ.* 1876. — (6) GAIUS. 3. § 121. — (7) GAIUS. *Eod.*

plus il était à craindre qu'il n'y eût parmi eux quelques insolvables dont la part serait perdue pour le créancier. C'était une réaction violente contre les exigences des créanciers.

Ces inconvénients et ces dangers firent chercher et introduire un nouveau mode d'*adpromissio*. Nous arrivons à la fidéjussion qui apparait au milieu du septième siècle de Rome, dans l'intervalle entre la loi Furia (an 659) et la loi Cornelia (an 673).

Chose notable et bien caractéristique du formalisme primitif! Les règles établies ont été considérées comme se rapportant, non à la dette accessoire, idée abstraite à laquelle on ne s'est pas élevé, mais à une forme usitée, à une manière consacrée de s'obliger accessoirement. Il suffit de mettre en usage une forme nouvelle pour se soustraire aux règles anciennes. C'est la forme dont l'acte est revêtu, qui lui donne existence et validité, et qui est réglementée dans ses effets, non pas l'acte d'après sa nature intime.

La fidéjussion introduite réalise un progrès immense dans le droit. Après les mesures excessives contenues dans les plébiscites des tribuns Apuléius et Furius, suggérées par la passion politique ou l'émotion d'une crise sociale, éphémères comme elles, la raison l'emporte.

Les contrats réels ou consensuels sont déjà reconnus et sanctionnés. La fidéjussion peut s'adjoindre à toute obligation, de quelque manière que celle-ci soit née.

L'obligation principale peut être civile ou naturelle. L'esclave peut obtenir crédit s'il trouve un homme libre qui le cautionne (1).

La fidéjussion n'est valable, toutefois, que si elle a pour support une obligation principale valable elle-même, au moins *jure naturali*. Le fidéjusseur peut invoquer les causes de nullité de l'obligation dont il est le garant, à moins qu'il ne soit intervenu sciemment, pour préserver le créancier des suites de la nullité (2).

Le fidéjusseur contracte une obligation transmissible ; il oblige ses héritiers (3).

Son obligation est perpétuelle et non plus limitée à deux ans.

Lorsqu'une même dette est garantie par plusieurs fidéjusseurs, elle ne se divise pas de plein droit. Chacun d'eux est tenu pour le tout, et si, plus tard, Adrien a consacré à leur profit le bénéfice de division, c'est en sauvegardant l'intérêt du créancier; car la division demandée par le fidéjusseur poursuivi ne s'opère qu'entre les fidéjusseurs actuellement solvables (4).

La fidéjussion peut précéder ou suivre la naissance de l'obli-

(1) Gaius. 3. § 119. Ulp. f. 6. § 2. Dig. 46. 1. *De fidej.* — (2) Ulp. f. 32. Dig. 46. 1. — Paul. *Sent.* 1. 9. § 6. Ulp. f. 13. pr. Dig. 4. 4. *De min. vig. q.* — (3) Gaius. C. 3. § 120. — (4) Gaius. C. 3. § 121.

gation principale. Le fidéjusseur peut s'obliger pour sûreté d'une dette future (1).

Le progrès ne s'est point arrêté. Quelques inconvénients subsistaient encore.

La dette du fidéjusseur est identique avec celle du débiteur principal. Une règle de la procédure romaine, pour diminuer le nombre des procès, ne permettait d'agir en justice qu'une fois pour un seul et même droit. Le créancier qui avait pour obligés un débiteur et des fidéjusseurs, n'avait qu'une action, qu'un droit de poursuite, qu'un débiteur à faire condamner; il était réduit à choisir le plus solvable. La *litis contestatio*, engagée avec l'un deux, épuisait, anéantissait son droit d'agir contre les autres (2). — Sans doute le créancier avait la faculté de diviser lui-même sa poursuite et son action, de ne demander qu'une part de la dette à chacun de ses débiteurs. Il ne violait pas le principe : il ne plaidait qu'une fois sur chaque partie de sa créance. Mais il faisait cette division à ses risques; une erreur commise était irréparable (3).

Les parties réussirent à se soustraire à la règle de l'unité d'action, en modifiant les termes de la fidéjussion. Au lieu de promettre *idem*, ce que doit le débiteur principal, le fidéjusseur, différemment interrogé, promit ce que le créancier ne pourrait pas obtenir du débiteur principal : *quod a reo servare, consequi non posset*. Il promit que le créancier serait indemne. De là l'expression *fidejussio indemnitatis*, employée par les interprètes.

Ce changement dans la forme fit soutenir et admettre que la dette principale et la dette de garantie n'avaient plus le même objet, n'étaient plus identiques. Le débiteur principal doit, par exemple, ce qui lui a été prêté, un *certum*; le fidéjusseur doit une somme variable, indéterminée dans l'origine, l'indemnité d'un dommage futur, un *incertum*. Il s'ensuit que le créancier a deux actions et peut poursuivre et faire condamner successivement pour le tout le débiteur principal et le *fidejussor indemnitatis* (4). Le raisonnement est subtil; le résultat est heureux; c'est en réalité une réaction contre le principe rigoureux de l'unité d'action.

Des inconvénients attachés à la fidéjussion, un seul était corrigé.

La fidéjussion, même *indemnitatis*, est un contrat verbal; elle exige la présence simultanée des parties dans un même lieu.

Une loi Cornelia de l'an 673, applicable aux *fidejussores*

---

(1) Ulp. f. 6. § 2. Dig. 46. 1. *De fidej.* — (2) *Sent.* Paul. 2. 17. § 16; comp. Just. L. 28. C. 8. 41. *De fidej.* Papin. f. 52. § 1. Dig. 46. 1. — (3) Ulp. f. 3. § 1. Dig. 45. 2. *De duobus reis.* — (4) Pap. f. 116. Dig. 45. 1. *De verb. oblig.*

comme aux *sponsores et fidepromissores*, la première où les *fidejussores* aient été nommés, avait défendu qu'une personne se constituât *adpromissor* d'un même débiteur principal envers un même créancier, dans une même année, pour une somme totale supérieure à vingt mille sesterces; exemple de ces mesures arbitraires par lesquelles le législateur substitue sa prudence à celle des particuliers, et, pour empêcher quelques abus, prohibe même des combinaisons honnêtes et utiles.

La pratique s'efforça de s'affranchir des entraves qui pesaient sur l'*adpromissio*. On eut recours à un contrat consensuel et de bonne foi, le contrat de mandat, qui repose sur cette première donnée essentielle, très-large : une personne dit à une autre qui consent : Faites ceci pour moi et à mes risques.

Une dette est sur le point de naître, par exemple, un prêt d'argent va se conclure. Le créancier exige une sûreté personnelle. Le tiers qui consent à se porter garant de la dette à venir, donne mandat au futur créancier de conclure le contrat, d'opérer le prêt, avec telle personne qu'il désigne individuellement, le futur débiteur principal; c'est ce qu'on appelle *mandatum credendæ pecuniæ*. — La transition de la fidéjussion au mandat est facile à comprendre : *jubeo*, je vous invite à suivre ma foi, dit le fidéjusseur; et le *mandator :* je vous recommande de contracter avec telle personne sur mon assurance.

La validité de ce mandat, employé pour constituer une dette accessoire, a été d'abord douteuse. Le mandant, en principe, doit avoir un intérêt personnel dans l'affaire qu'il confie au mandataire. Il doit régulièrement avoir une intention qu'on peut traduire ainsi : faites cela sur mon ordre et à mes risques, mais aussi pour mon compte, dans mon intérêt. Le *mandator pecuniæ credendæ* n'a pas d'intérêt personnel dans l'affaire qu'il recommande; il se borne à exprimer : faites cela sur ma demande à mes risques et périls. Des deux parties au contrat, l'unique intéressé est le mandataire, le futur créancier : or un mandat donné dans le seul intérêt du mandataire est un conseil et n'est pas obligatoire.

L'objection était sérieuse. L'utilité pratique l'a emporté sur elle. L'influence de Sabinus (sous Vespasien) a fait prévaloir l'opinion de la validité du *mandatum credendæ pecuniæ*, pourvu que le *mandator* n'eût pas simplement recommandé un genre d'affaire, mais eût individuellement désigné la personne en qui il persuadait d'avoir confiance (1).

De grands avantages ont été ainsi obtenus.

D'abord un avantage qui se trouvait déjà dans la *fidejussio indemnitatis*. Le créancier qui a pour débiteur accessoire un *mandator credendæ pecuniæ*, a deux actions; car il a deux débi-

(1) Inst. 3. 26. § 6.

teurs dont chacun lui doit un objet distinct : le débiteur principal, peut-être une somme d'argent, comme dans notre hypothèse d'un prêt ; le débiteur accessoire, une indemnité variable, suivant l'événement du plus ou moins de solvabilité ou d'exactitude du premier. Le créancier peut poursuivre ses obligés l'un après l'autre, jusqu'à parfait payement (1).

En outre, le *mandatum credendæ pecuniæ* a réalisé une amélioration sur toute *ad promissio* verbale.

Le mandat est un contrat consensuel qui peut intervenir et se former *inter absentes*.

La loi Cornelia et son taux arbitraire n'ont jamais régi le *mandatum*. Peut-être était-elle déjà tombée en désuétude lorsque le *mandatum credendæ pecuniæ* a été reçu.

Le créancier envers qui plusieurs *mandatores* se sont obligés, non-seulement est armé d'une action distincte contre le débiteur principal et d'une action distincte contre les débiteurs accessoires, mais encore il a le droit de poursuivre simultanément ou successivement chacun de ces derniers pour le tout jusqu'au payement intégral, sauf l'effet du bénéfice de division entre ceux qui sont solvables (2). La garantie du créancier est effectivement multipliée par le nombre des garants, et le droit d'agir pour le tout contre chacun n'est limité que par la certitude, résultant de la solvabilité constatée de plusieurs, d'un paiement intégral quoique divisé.

Toutefois le *mandatum credendæ pecuniæ*, tel que nous l'avons décrit, ne peut être donné qu'avant la naissance de la dette principale (3). Son emploi est, à cet égard, moins large que celui de la *fidejussio*.

Le pacte de constitut offre, en sens inverse, le moyen de fortifier une dette principale déjà constituée, par l'adjonction d'une dette accessoire. Le pacte de constitut a pour objet d'assurer un payement convenu, réglé et presque toujours prochain. Tout le monde peut *constituere se soluturum*. Ce pacte laisse subsister *ipso jure* la dette préexistante à laquelle il se rapporte. Les rapports entre le tiers *constituens* et le débiteur dont la dette sera payée, dépendent de l'intention des parties. Ce tiers peut être, soit une sorte d'*expromissor*, soit une sorte de débiteur accessoire avec faculté de recours.

Le constitut, employé pour créer une dette accessoire, offre les avantages du *mandatum credendæ pecuniæ*.

Il se forme, comme le mandat, par le consentement, nonobstant l'absence (4).

Le créancier, acquérant une action nouvelle, ne perd pas, s'il n'y renonce expressément, l'action dérivant de la dette primi-

---

(1) Jul. f. 13. Dig. 46. 1. — (2) Pap. f. 52. § 3. Dig. 46. 1. — (3) Ulp. f. 12. § 14. Dig. 17. 1. *Mandati*. — (4) Ulp. f. 14. § 3. Dig. 13. 5. *De pec. const.*

tive. L'exercice de l'une ne consomme pas l'autre (1), et si plusieurs, par des pactes distincts, se sont constitués *soluturos pro alio debitum*, il peut les poursuivre chacun pour le tout, sans avoir même à redouter l'exception de division. Le pacte de constitut a été organisé, moins pour fournir une sûreté personnelle, que pour assurer énergiquement un payement convenu. Rien de ce qui porterait atteinte à la ponctualité du payement n'est opposable à l'action de *constituta pecunia* (2). Tel est l'esprit du droit prétorien, qui fortifie l'action *de constituta pecunia* par une *sponsio pœnalis* très-rigoureuse; c'est pour cela sans doute que, jusqu'à Justinien, l'exception de division, qui aurait retardé le payement, n'était pas opposable au créancier.

La *fidejussio indemnitatis*, le *mandatum credendæ pecuniæ*, le constitut, fournissant au créancier plusieurs actions qu'il pouvait intenter l'une après l'autre, donnaient à résoudre un problème nouveau, problème que la nécessité du choix excluait de la fidéjussion pure.

Le créancier qui n'avait qu'un débiteur à poursuivre était nécessairement libre de chercher parmi ses obligés principaux ou accessoires le plus solvable. Le créancier qui avait plusieurs actions à exercer, avait-il un ordre à observer dans ses poursuites?

L'opinion avait prévalu que le créancier devait discuter le débiteur principal avant d'attaquer le fidéjusseur qui avait promis seulement ce que le créancier ne pourrait pas obtenir du débiteur principal (3). Mais, en principe, toute liberté était laissée au créancier dans l'hypothèse du *mandatum*, et à plus forte raison dans celle du constitut. L'échéance est venue; la dette n'est pas payée. Le créancier peut immédiatement s'adresser au *mandator* et lui dire: La confiance que vous m'avez inspirée dans le débiteur, est déçue; je devais, d'après votre recommandation, compter sur un payement exact et ponctuel. Indemnisez-moi. — Toutefois une convention, ajoutée au contrat de mandat, pouvait imposer au créancier la nécessité d'agir préalablement contre le débiteur principal (4).

A l'époque du droit classique, la *sponsio*, la *fidepromissio* étaient sans doute peu usitées (5). Les sûretés personnelles se constituaient par fidéjussion, *mandatum credendæ pecuniæ* ou pacte de constitut.

---

(1) Gaius. f. 28. Ulp. f. 18. § 3. Dig. 13. 5. — (2) Gaius. Com. 4. § 171. Arg. Just. l. 3. C. 4. 18. *De pec. const.* Cet empereur a supprimé la *sponsio pœnalis*. — (3) Pap. 116. Dig. 45. 1. Comp. Celsus. f. 42. pr. Dig. 12. 1. *De rebus creditis*. — (4) Diocl. et M. l. 19. C. 8. 41. *De fidej*. — (5) Cependant plusieurs lois, dont la modification par les commissaires de Justinien est évidente, attestent que ces formes d'*adpromissio* n'étaient pas tombées en désuétude. Javolenus. f. 4. Dig. 44. 3. — Venul. f. 25. Dig. 45. 3.

Les différences que nous avons signalées entre le *fidejussor* et le *mandator* sont à l'avantage du créancier. Mais il n'en est pas ainsi sous tous les aspects ; à un point de vue auquel nous allons nous placer, il vaut mieux pour le créancier avoir pour garants des *fidejussores* que des *mandatores*.

La fidéjussion est un contrat unilatéral et de droit strict. Le créancier ne s'oblige à rien. Quand il est désintéressé par un des fidéjusseurs, il doit lui céder ses actions contre les autres, parce que cela ne lui nuit aucunement; il cède ses actions telles quelles; il n'est pas responsable s'il les a perdues par une faute de procédure ou s'il les a énervées par un *pactum de non petendo*. Dans sa manière d'user de ses droits, il est libre, il n'a aucun souci à prendre des intérêts de ses fidéjusseurs.

Précisons une hypothèse : deux fidéjusseurs ont garanti une dette. Le débiteur principal est insolvable. Le créancier conclut avec l'un des fidéjusseurs un *pactum de non petendo*. L'autre fidéjusseur, à qui le tout est demandé, ne peut pas exciper de ce qu'il espérait, grâce à l'action que le créancier par lui désintéressé lui céderait, recourir pour moitié contre son codébiteur accessoire, recours devenu impossible par le fait du créancier (1).

Le mandat est un contrat synallagmatique et de bonne foi. Le mandataire doit veiller aux intérêts du mandant. Le mandataire, dans le *mandatum credendæ pecuniæ*, c'est le créancier; le mandant, c'est le débiteur accessoire. Le créancier jouant le rôle, ayant les devoirs d'un mandataire, doit conserver ses actions afin d'être en état de les céder, efficaces, au *mandator* qui le désintéressera. Si par sa faute, ou par une renonciation volontaire, il perd l'une des sûretés et nuit ainsi au *mandator* qui, grâce aux actions cédées, aurait été soulagé, par un recours, de la totalité ou d'une partie de la dette acquittée, il est déchu du droit d'exiger le payement du *mandator*, dans la mesure où il lui cause préjudice (2).

Reprenons une hypothèse analogue à celle déjà décrite. Deux *mandatores* ont garanti une dette : le débiteur principal est insolvable. Le créancier accorde à l'un des *mandatores* remise de son obligation par un *pactum de non petendo*. Il s'enlève le droit d'exiger de l'autre débiteur accessoire moitié de la dette, la moitié pour laquelle, après payement, ce dernier aurait eu recours, grâce à la subrogation contre son codébiteur accessoire.

Nous avons supposé une remise volontaire, tandis que Papinien, dans la loi citée (f. 95, § 11), prévoit une perte de droit; non pas une renonciation, mais un échec en justice. Voici l'hypothèse que nous pouvons construire. Une dette est garantie par un *man-*

(1) Arg. Ulp. f. 15. § 1. D. 46. 1. — (2) Pap. f. 95. § 11. Dig. 46. 3. *De solut.*

*dator* et par une hypothèque que le débiteur a constituée sur l'un de ses biens. Le débiteur principal est insolvable. Le créancier intente l'action hypothécaire et commet une *plus petitio :* il prétend avoir une hypothèque générale; il succombe (1). Le *mandator* contraint au payement ne pourrait plus, par la faute du créancier son mandataire, recourir hypothécairement pour le tout. Le créancier répare les conséquences de sa faute en perdant le droit d'exiger le payement. — Cela n'est pas injuste; mais cela est très-rigoureux à l'égard du créancier contre qui se retourne, par la nécessité de les conserver avec diligence, l'existence de sûretés.

Si le *mandatum credendæ pecuniæ* n'offrait au créancier que des avantages sur la fidéjussion, il est à croire que la fidéjussion serait devenue d'un emploi plus rare. Mais on voit, par ce qui précède, que le créancier avait intérêt, lorsque cela était possible, à exiger l'engagement de fidéjusseurs plutôt que de *mandatores;* il se délivrait d'une responsabilité assez compromettante (2). La fidéjussion et le *mandatum* constituaient deux types de sûreté personnelle entre lesquels les parties choisissaient selon leurs convenances.

La pratique avait même essayé de réunir dans la fidéjussion tous les avantages au profit du créancier, au moyen d'une clause qui procurait au créancier la faculté d'agir en justice pour le tout, autant de fois qu'il avait de débiteurs, et détruisait l'effet consommatoire de la *litis contestatio.* — La pratique avait réussi; Justinien l'atteste. Nous ne pouvons décrire avec certitude le procédé (3).

Un progrès lent, dû à la coutume, ou à la pratique éclairée par les prudents, avait fait introduire plusieurs modes de création de sûretés personnelles, chacun régi par des règles spéciales. Justinien, législateur, a commencé à ramener un peu d'unité dans les règles d'une institution qui répond à un but unique.

Il assimile les *fidejussores* aux *mandatores* au point de vue de la poursuite en justice. Le créancier aura dans tous les cas autant d'actions qu'il a de débiteurs engagés *in solidum* (4). Il renverse la règle de l'unité de l'action déduite de l'unité de la dette et fait dépendre assez logiquement le nombre des poursuites judiciaires du nombre des obligés à contraindre au payement. Il enlève à la *litis contestatio* l'effet d'épuiser le droit déduit en justice, même à l'égard de débiteurs non compris dans l'instance. Sous ce rap-

(1) Le principe de la *plus petitio* s'applique à une action réelle, à une action prétorienne et à une action *in factum,* comme est l'action quasi servienne. GAIUS. C. 4. §§ 54. 60. — (2) Cette exemption de responsabilité embrasse les fautes, mais ne s'étend pas au dol. — (3) JUST. l. 28. C. 8. 41. *De fidej.* Peut-être le créancier était-il fondé à requérir l'organisation d'un *judicium imperio continens* et, à l'exception *rei in judicium deductæ*, opposait-il une *replicatio pacti conventi.* — (4) JUST. l. 28. C. 8. 41. *De fidej.*

port il se conforme à l'idée que la *litis contestatio* améliore et n'empire pas la condition du demandeur (1).

Cette première réforme en a rendu une autre possible, et, sous un autre aspect, l'uniformité a été établie.

L'empereur a constaté que l'emploi de la *fidejussio indemnitatis*, ou des pactes fréquemment ajoutés au *mandatum*, imposaient au créancier la nécessité de la discussion préalable du principal débiteur. Il en a fait une règle générale. Il a été séduit par cette idée exagérée que le débiteur accessoire est un débiteur subsidiaire, et, dans le désir de ménager le débiteur accessoire, il a compromis l'intérêt du créancier. — Justinien a décidé que le créancier n'agirait valablement contre le débiteur accessoire qu'après avoir discuté le débiteur principal. — Il fait exception à ce principe pour le cas où le débiteur principal est *absent*, hors de l'atteinte de la poursuite du créancier. — Hors ce cas exceptionnel, l'action dirigée de prime abord contre le débiteur accessoire est nulle et inopérante (2).

Le créancier doit donc perdre son temps et son argent à exécuter un débiteur récalcitrant et d'une solvabilité douteuse. Heureusement la novelle n'interdit pas de renoncer au bénéfice de discussion.

L'empereur byzantin était tombé dans un excès contre lequel notre législateur a sagement réagi. — Selon notre Code, la dette échue, l'action contre la caution est ouverte et valablement intentée. La caution peut exiger la discussion de certains biens du débiteur qui sont aisément saisissables, qu'elle désigne, et elle doit avancer les frais de la saisie qu'elle provoque. Les intérêts du créancier sont mieux sauvegardés (3).

L'intention de soumettre tous les débiteurs accessoires aux mêmes règles apparait dans la rédaction de la novelle 4, qui vise et comprend dans ses dispositions les *fidejussores*, les *mandatores credendæ pecuniæ*, et les débiteurs par constitut de la dette d'autrui (4). Antérieurement déjà, Justinien avait accordé aux débiteurs accessoires par constitut le bénéfice de division (5).

Par ces réformes, la *fidejussio indemnitatis* a-t-elle perdu toute raison d'être? — La réponse se trouve dans la solution à donner à une question agitée par les interprètes.

Un créancier qui a un débiteur principal et un débiteur accessoire, l'échéance arrivée, s'abstient d'exiger le payement; il a confiance. En vain le débiteur accessoire l'invite à ne pas surseoir, par le motif que le débiteur principal actuellement solvable ne le sera peut-être pas toujours. En effet, le débiteur

(1) Paul. f. 29. Dig. 46. 2 *De nov.* — (2) Nov. 4, ch. I. — (3) Cod. civ., art. 2021, 2022, 2023. — (4) Consulter le texte grec et la traduction latine dans l'édition des frères Kriegel. Cette traduction, plus exacte que la Vulgate, fait disparaître de la novelle la mention, tout au moins singulière, de la vieille *sponsio* depuis longtemps inusitée. — (5) L. 3. Cod. 4. 18. *De const. pec.*

principal perd sa fortune. Le débiteur accessoire attaqué et sommé de payer sans espoir de remboursement, est-il en droit de faire retomber sur le créancier les conséquences du retard dans la poursuite? Les jurisconsultes distinguaient : s'agissait-il d'un débiteur accessoire ordinaire? Il ne pouvait imputer à faute au créancier que celui-ci, maître de ses actions, eût fixé à son gré l'époque du recouvrement judiciaire de sa créance. Prêt à recevoir un payement spontané, le créancier est libre d'agir ou d'attendre (1). S'agissait-il au contraire d'un fidéjusseur ayant promis seulement ce que le créancier ne pourrait pas sauver du débiteur principal? la décision était différente; il suffisait qu'après l'échéance le débiteur eût été solvable pour que le fidéjusseur cessât, à tout événement, de devoir ce que le créancier avait eu la faculté d'exiger et d'obtenir (2).

L'unité a-t-elle été faite au Bas-Empire, sur ce point, entre les débiteurs accessoires?

Des auteurs ont soutenu que, depuis la nov. 4, tous les débiteurs accessoires, ayant le bénéfice de discussion, ne devaient plus, en fin de compte, que ce que le créancier ne pourrait pas exiger du débiteur principal, et étaient, par conséquent, assimilables à des *fidejussores indemnitatis*. Ils ont proposé d'étendre à tous la décision admise autrefois pour ces derniers seulement, en ce qui concerne le retard apporté par le créancier dans ses poursuites (3).

Cette opinion est contraire à la raison du droit. L'existence d'une sûreté personnelle ne doit avoir pour effet, ni de pousser le créancier à des poursuites plus promptes, plus dures contre le débiteur principal, ni de rendre le créancier responsable de l'insolvabilité qui éclate alors qu'il attend le payement de la dette. — Le débiteur accessoire a un moyen bien simple d'éviter tout préjudice de cette nature; il n'a qu'à payer la dette échue et à exercer un recours immédiat contre le débiteur principal.

La décision de la loi 41 pr. D. 46. 1. doit donc être, même après la nov. 4, limitée au *fidejussor indemnitatis*, comme une conséquence de la volonté accidentelle des parties et de la rédaction spéciale donnée à ce cautionnement.

Notre Code civil, quoiqu'il admette le bénéfice de discussion, a repoussé la conséquence que Voet avait essayé d'en tirer; traçant les règles générales du cautionnement, il a reconnu la faculté pour le créancier d'agir à son heure et fait abstraction de la particularité admise à l'égard du *fidejussor indemnitatis*, particularité qu'une clause expresse peut au surplus introduire (4).

Nous avons vu l'idée simple de la garantie personnelle donner lieu à des procédés multiples, divers, destinés à concilier de

---

(1) Scævola. f. 62. Dig. 46. 1. *De fidej.* — (2) Modest. f. 41. pr. Dig. *Eod.* — (3) Voet. *Ad Pand.* 46. 1. § 38. — (4) Art. 2039. C. civ.

mieux en mieux les intérêts opposés de la caution qui rend un service gratuit et du créancier qui veut être en sûreté, puis, après ces essais et ces tâtonnements, une réglementation uniforme prévaloir, presque en tout, sans porter atteinte à la liberté des conventions.

J. E. L.

---

## APPENDICE VI. (N° 1440.)

### DU CONTRAT LITTÉRAL.

Dans le travail qu'il a publié sur le contrat littéral (*Observations sur le contrat verbis,* 1873), M. Gide donne d'excellents développements sur les *transcriptitia nomina.* Mais, dans la seconde partie de ce travail, il soutient, contrairement à M. Ortolan, l'opinion qui domine aujourd'hui en Allemagne, suivant laquelle il y aurait lieu de signaler une confusion d'idées chez les rédacteurs des Instituts de Justinien, lorsqu'ils nous présentent comme constituant au Bas-Empire une obligation littérale la *cautio* énonçant la dette d'une somme qui n'aurait pas été effectivement versée : *si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est* (Just. *Inst.* III. 21).

On connaît le texte correspondant de Gaius (III. 134), qui semble bien introduire pour les *peregrini* une institution devenue ensuite le droit commun à l'époque de Justinien ; de même que la propriété bonitaire est devenue à cette époque une vraie propriété. — « Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat : ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est. »

Pour repousser le puissant argument que fournit ce texte, M. Gide fait observer que les *chirographa* et les *syngraphæ,* ainsi que le nom l'indique, remontent à la législation athénienne. Or, il est constant qu'à Athènes, du moins au temps de Démosthène, les écrits n'étaient jamais qu'un mode de preuve. Est-il possible que la jurisprudence romaine, au moment même où elle rompait avec l'ancien formalisme, ait songé à transformer le *chirographum* en un nouveau contrat littéral ?

Comment donc expliquer, ajoute le savant auteur, la mention faite par Gaius d'une *litterarum obligatio* usitée chez les *peregrini ?* C'est que, dans la jurisprudence romaine, ce qui constitue la promesse, ce n'est point le consentement, c'est la formule par laquelle ce consentement se manifeste : la *stipulatio* ou la *transcriptio.* Cherchant dans les usages des Grecs ce qui peut correspondre à la formule romaine, en supposant l'absence

de stipulation, Gaius n'y trouva que le simple billet, *chirographum*. Confondant ce billet probatoire avec l'écrit qui à Rome faisait naître l'obligation, le jurisconsulte voit dans l'acte athénien une sorte d'obligation littérale : *litterarum obligatio fieri* (*videtur*).

Mais, de ce qu'il n'existait point chez les Athéniens, du temps de Démosthène, des écrits privés ayant le caractère de contrat littéral, il paraît assez difficile de conclure que beaucoup plus tard il n'y ait rien eu de semblable dans tous les pays de civilisation grecque, tels que l'Asie Mineure, où Gaius aurait, dit-on, professé (tom. I, p. 315), et, dans tous les cas, avec lesquels Rome entretenait à cette époque des relations très-suivies. Comment Gaius, jurisconsulte, sinon très-profond, du moins toujours essentiellement exact, dont les assertions n'ont jamais été mises en défaut, se serait-il trompé sur un point aussi élémentaire que la force d'actes éminemment usuels, pratiqués dans une grande partie de l'empire? La confusion impardonnable, qu'on lui impute pour le besoin de la cause, nous paraît inadmissible en présence de la distinction fondamentale qu'il fait lui-même entre les *transcriptitia nomina* et les *arcaria nomina*, titres simplement probatoires, dont il constate sans difficulté l'application aux *peregrini*, puisqu'ils sont du droit des gens.

« Alia causa, dit-il (III. 131 et 132), eorum nominum quæ arcaria vocantur; in his enim, rei, non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ facit obligationem; qua de causa recte dicimus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. — Unde non proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur: quod genus obligationis juris gentium est. »

Comment Gaius, après avoir critiqué cette assertion que les *peregrini* s'obligent par les *arcaria nomina*, en se fondant sur ce que les *arcaria nomina* ne sont que des moyens de preuve, aurait-il commis lui-même une erreur semblable pour les *chirographa* et les *syngraphæ?* Que si le jurisconsulte nous dit que l'obligation littérale *fieri videtur*, c'est d'abord qu'il n'y a point identité complète entre les *transcriptitia nomina* et les écrits par lui signalés; ensuite parce que les Romains n'admettaient pas volontiers chez les *peregrini* des institutions identiques avec les institutions romaines. N'est-ce pas le même Gaius qui nous dit (I, § 55) que les Galates s'imaginent avoir la puissance paternelle : *Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse?*

Remarquons de plus que Gaius, après avoir parlé des écrits d'où résulterait une preuve littérale, ajoute : *ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat*. Or, il vient de nous dire (C. III, § 93) que la stipulation peut se faire entre *peregrini* en langue grec-

que. N'est-ce pas ici également une forme d'obligation calquée, en quelque sorte, sur les formes usitées dans la législation romaine?

A l'argument de texte, tiré des Commentaires de Gaius, vient se joindre un argument de principe plus grave encore, c'est celui que nous fournit l'emploi même de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Si les *chirographa* et les *syngraphæ* n'avaient été que des modes de preuve, comme les *arcaria nomina*, il serait parfaitement inutile d'avoir recours à cette exception : il suffirait à celui qui serait poursuivi à raison du *mutuum* constaté par un billet de cette nature, de nier l'existence même du *mutuum*, la numération des espèces; en un mot, de s'inscrire en faux contre l'*intentio*, de se défendre *ipso jure*, sans avoir besoin de se faire délivrer une exception par le magistrat.

A cet argument assez pressant, M. Gide fait deux réponses :

1° A Rome, le prêt était le plus souvent accompagné d'une stipulation, notamment pour faire produire des intérêts à la créance. Le billet (*cautio*) n'était plus alors que la preuve de la stipulation; et c'était bien à la *condictio* naissant de l'obligation verbale qu'il fallait opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

2° Lors de la rédaction des Instituts de Justinien, le mot *exceptio* n'avait plus le sens technique qu'on lui attribuait sous l'empire de la procédure formulaire; les rédacteurs ont très-bien pu confondre une exception avec un moyen de défense *ipso jure*.

La première de ces réponses serait assez plausible par elle-même, si elle n'était pas en opposition manifeste avec le double texte de Gaius et de Justinien, que nous avons cité, et qui suppose formellement l'absence d'une stipulation, dont l'existence rendrait l'obligation littérale parfaitement inutile : *si eo nomine stipulatio non fiat*, dit Gaius; *ex ea* (*scriptura*) *nascitur obligatio*, dit Justinien, *cessante scilicet verborum obligatione*. C'est donc la forme chirographaire qui remplace la forme verbale; elle est l'équivalent et non la preuve d'une stipulation. Aussi, comme le fait très-bien observer M. Ortolan (n° 1440), si l'on veut nier le contrat *litteris* parce que le *chirographum* ne produit d'obligation efficace qu'au bout du temps fixé par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, il faudrait en dire autant du contrat *verbis* intervenu pour prêt de consommation. La solution est identique dans l'une et l'autre hypothèse. C'est toujours une *condictio* naissant de la forme de l'obligation, mais susceptible d'être paralysée pendant un certain temps par une exception.

Quant à la seconde réponse, il nous paraît un peu exagéré de soutenir que, dans le droit de Justinien, la distinction des exceptions et des défenses ait perdu tout intérêt. La différence, sans doute, n'était point aussi tranchée qu'à l'époque du système formulaire; mais, même sous l'empire de la procédure extraordinaire, le défendeur pouvait fort bien être déclaré non recevable

s'il laissait le débat s'engager au fond, sans invoquer les exceptions dont il lui était permis de se prévaloir. Il est difficile de considérer comme devenue sans application une distinction reproduite encore par tant de textes.

Quoi qu'il en soit de l'époque de Justinien, pour que l'argument fût topique, il faudrait supposer que c'est Justinien qui le premier a imaginé d'opposer à la *cautio* l'exception *non numeratæ pecuniæ;* tandis que cette exception remonte à l'époque classique, où nul ne se serait avisé de confondre une exception avec une défense *ipso jure*. Nous trouvons en effet dans le Code (4. 30. 3) une constitution de Caracalla ainsi conçue :

« Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri cœperis, exceptione opposita, seu doli, seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequetur. »

Une constitution d'Alexandre Sévère (l. 7, *ibid.*) donne également, au cas de *cautio*, l'*exceptio adversus agentem;* comme Dioclétien (l. 9, *ibid.*) la donne au cas de stipulation. Voilà bien des textes d'accord pour établir le caractère de l'exception signalée. Justinien n'est donc que l'écho d'une doctrine constante bien longtemps avant lui, lorsqu'il nous parle d'une *condictio* à laquelle est opposée l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Cette démonstration nous dispense d'insister sur les arguments accessoires que l'on puise dans le Code Théodosien : la rubrique du tit. 27, liv. 2, *si certum petatur de chirographis*, et la *translatio* d'une dette ancienne en obligation littérale, *facta cautione*, que nous signalent Arcadius et Honorius (Cod. Théod. 2, 4, 6). Si nous n'avions que ces textes, on pourrait les expliquer par le changement de la procédure au Bas-Empire; mais, rapprochés des textes classiques, ils en complètent l'autorité.

E. B.

---

## APPENDICE VII. (Nos 1446 et 1468.)

### DES DROITS DU VENDEUR.

Dans notre législation moderne, le vendeur est prémuni contre le danger de perdre et la chose et le prix, par un ensemble de droits protecteurs applicables suivant les situations, le droit de rétention, le droit de revendiquer la possession, le privilége et le droit de résolution. Tous découlent de la loi prenant d'office la défense des intérêts du vendeur.

Voyons quelles étaient les dispositions du droit romain dans ce même but.

Il est possible d'abord que le contrat de vente soit par et

simple, sans aucune modalité. Aucune des deux parties n'est tenue d'exécuter avant l'autre. L'acheteur demande la livraison sans offrir le payement du prix; il échouera par l'effet de l'*exceptio non adimpleti contractus* (1). Le vendeur garde la chose jusqu'au payement du prix *quasi jure pignoris*. Il n'a pas un véritable droit de gage; il est propriétaire. Il est autorisé à retenir, c'est-à-dire à ne pas livrer, quoique débiteur (2). Rappelons que la rétention est l'effet essentiel du droit de gage (3); il n'est pas étonnant que les Romains appellent un droit de rétention une sorte de droit de gage. — L'idée de gage paraît avoir été invoquée surtout pour autoriser le vendeur qui a reçu un payement partiel à retenir la chose entière. Le gage est indivisible. L'acheteur qui s'est libéré partiellement de la dette du prix n'a pas le droit d'exiger une tradition partielle. *Non posse consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit* (4).

Dans cette situation, il faut bien que l'une des deux parties commence et s'exécute. Les affaires de la vie ne comportent pas une ponctualité mathématique, une simultanéité absolue. Le vendeur livre dans l'attente d'un payement du prix presque immédiat. Il est présumé avoir voulu subordonner la translation de propriété par tradition au payement. Si le prix n'est pas payé, il a la faculté de revendiquer envers et contre tous; il recouvre la possession; il se retrouve dans sa position antérieure à la tradition. Le contrat demeure intact (5).

Nous considérons toujours l'hypothèse d'une vente pure et simple. En principe les obligations réciproques doivent s'accomplir en même temps. Elles peuvent, en fait, s'exécuter l'une après l'autre. — Le vendeur a livré; il attend; quoique non payé, il n'use pas du droit de revendiquer. L'acheteur, à quelque époque qu'il se libère, aura été, par la rétroactivité de la condition accomplie, propriétaire du jour de la tradition. — L'effet translatif de la tradition est suspendu par une condition.

Cette disposition du droit commun, que les Instituts font remonter à la loi des Douze Tables, suppose une vente pure; elle ne se réfère donc qu'à des ventes de médiocre importance. Presque toujours il y a lieu d'accorder un terme ou des termes pour le payement d'un prix un peu considérable. L'acheteur veut pourtant entrer aussitôt en possession et jouissance. Il veut être à l'abri d'un changement de volonté du vendeur qui disposerait de la chose au profit d'autrui. Comment satisfaire à ces désirs sans compromettre la sécurité du vendeur? Le droit commun ne suffit

(1) Jul. f. 25. D. 19. 1. *De act. empt. et vend.* — (2) Ulp. f. 13. § 8. Dig. 19. 1. Ulp. f. 14. § 1. Dig. 47. 2. *De furtis.* — (3) Voy. l'appendice 3 du liv. 4 sur l'hypothèque. — (4) Ulp. f. 31. § 8. Dig. 21. 1. *De ædil. Edict.* Scævola. f. 22. Dig. *De hered. vend.* 18. 4. — (5) Inst. 2. 1. § 41. Comp. art. 2102 4°, 2e alin. Cod. civ.

plus; car le vendeur qui, après avoir accordé un terme à l'acheteur pour le payement du prix, livre la chose, est réputé consentir à la translation de la propriété (1). Il faut que les parties prennent l'initiative de combinaisons protectrices.

Les parties peuvent convenir que la propriété sera, sans délai, transmise à l'acheteur, mais que la possession restera au vendeur jusqu'au payement intégral du prix. Si la chose est *res mancipi*, l'exécution est facile. La mancipation, ou la *cessio in jure*, transférera la propriété sans déplacer la possession (2). Relativement à une *res nec mancipi*, ou dans le droit de Justinien relativement à toute espèce de chose, le même procédé ne peut plus être employé; une tradition est nécessaire pour la translation de la propriété. Un constitut possessoire permettra d'atteindre le résultat. Le vendeur conservera et exercera pour autrui, pour l'acheteur, la possession qu'il exerçait jusqu'alors comme propriétaire, et l'acheteur aura la propriété (3).

Plus souvent, l'acheteur désire entrer en jouissance, sauf à laisser la propriété sur la tête du vendeur jusqu'au payement du prix. L'habitude des Romains en pareille circonstance était de livrer à l'acheteur une possession précaire. L'acheteur percevait et acquérait les fruits. Le vendeur demeurait investi de la propriété. La révocabilité *ad nutum* de toute concession précaire mettait l'acheteur à la merci du vendeur (4).

Une autre combinaison pouvait être adoptée. Elle consistait dans une tradition expressément affectée d'une condition suspensive, l'effet translatif de la propriété étant subordonné au payement intégral et régulier du prix. Les situations étaient plus nettes. L'acheteur était possesseur tranquille à la charge de payer régulièrement le prix convenu. Le vendeur non satisfait avait la *rei vindicatio*. — Il en résultait, en vertu d'une volonté expresse dans le cas de vente à terme, un règlement analogue à celui qui, de droit commun, existait entre les parties en cas de vente sans terme et de tradition spontanée.

Enfin les intérêts des parties semblent avoir été mieux ménagés encore par une convention dont les textes offrent aussi l'exemple, rare paraît-il, mais non pas inouï. L'acheteur veut entrer promptement en jouissance, mais il veut aussi avoir la certitude de devenir, s'il paye le prix aux termes fixés, propriétaire et d'être préservé des conséquences des actes par lesquels le vendeur aurait, depuis la vente, aliéné ou grevé la chose vendue. Laisser au vendeur la propriété entière, c'est trop; il suffit de lui laisser

(1) Inst. 2. 1. § 41. Cette translation de propriété est complète et définitive; car le vendeur n'a, de droit commun à Rome, ni privilége sur la chose, ni action résolutoire pour inexécution. — (2) Gaius. IV. § 131. — (3) Arg. Inst. 2. 1. § 44. Honor. et Theod. l. 28. C. 8. 54. *De donat*. Explic. n° 421. — (4) Ulp. f. 13. § 21. D. 19. 1. Voy. cependant Ulp f. 20. Dig. 43. 26. *De precario.*

un droit réel servant à corroborer sa créance du prix. Il est entendu que, malgré les termes accordés pour le payement du prix, le vendeur livrera, aliénera, et ne retiendra qu'un droit d'hypothèque pour sûreté du payement du prix (1). Grâce à cette hypothèque, le vendeur primera sans doute tous les créanciers hypothécaires de l'acheteur (2).

Qu'a fait de plus notre législateur? Il a concédé d'office à tout vendeur semblable hypothèque retenue sous le nom de privilége (3).

Le plus souvent, nous le croyons, à Rome, le vendeur qui dictait la loi à l'acheteur, conservait la propriété et, par suite, la *rei vindicatio* jusqu'au payement du prix. La *rei vindicatio* rend au vendeur la position qu'il avait avant la livraison de la chose vendue; mais elle ne produit pas un dénoûment des rapports obligatoires nés du contrat. Le vendeur rentré en possession reste obligé envers l'acheteur, et, s'il trouve une bonne occasion de disposer de la chose, il hésitera à le faire et à s'exposer à des dommages et intérêts envers le premier acheteur qui, offrant de payer enfin le prix intégral, exigerait la livraison.

A ce point de vue encore, le législateur romain a laissé à la prudence des contractants le soin de parer à la difficulté.

Les parties, afin de faire cesser le danger pour le vendeur de disposer de la chose objet d'une vente antérieure non exécutée, inséraient dans la vente une clause de résolution. Si à l'échéance le prix n'est pas payé, la vente sera résolue au gré du vendeur. Cette convention accessoire se nommait *lex commissoria,* nom générique convenant, semble-t-il, à toute clause entraînant une déchéance (4).

A l'échéance, les choses sont entières, aucune des deux obligations n'est exécutée; le contrat est dissous *contraria voluntate*.

Si, au moment où la condition résolutoire s'accomplit, la chose a déjà été livrée, une portion du prix a déja été payée, en l'absence de clauses plus rigoureuses encore pour l'acheteur (5), les parties doivent se rendre réciproquement ce qu'elles ont reçu. Les actions du contrat servent à l'exécution des obligations issues du pacte commissoire qui renverse le contrat (6).

Cette condition résolutoire, étant établie dans l'intérêt du vendeur, a ceci de particulier qu'elle n'opère pas de plein droit. La vente n'est résolue que si telle est la volonté du vendeur (7). On n'a pas voulu que l'acheteur pût se faire une arme de cette clause dirigée contre lui, et se dégager, par l'inexécution, d'un contrat qui lui déplairait.

---

(1) Ulp. f. 1. § 4. Dig. 27. 9. *De rebus eorum... Ut quoad emptor pretium solveret, res esset pignori obligata venditori*. — (2) Arg. Diocl. et M. l. 7. Cod. 8. 18. *Qui potiores*. — (3) Valette. *Mélanges,* t. I, p. 43. — (4) Dig. *De lege commissoria*. 18. 3. Comp. Cod. 8. 35. *De pactis pignorum et de lege commissoria* — (5) Ulp. f. 4. § 1. D. 18. 3. — (6) L. 4. pr. D. 18. 3. — (7) Pomp. f. 2. Ulp. f. 4. § 2. Herm. f. 7. Dig. 18 3.

La *lex commissoria* combinée avec la clause qui réserve au vendeur la propriété, procure au vendeur une pleine sécurité. Si le prix n'est pas payé, le vendeur a une action *in rem* pour récupérer la chose, et, grâce à la résolution du contrat, il est libre d'en disposer (1).

Mais si le vendeur avait eu l'imprudence de consentir à l'aliénation pure et immédiate de la chose vendue, avant le paiement du prix, la *lex commissoria,* dans la théorie du droit classique telle que nous la comprenons, ne lui était que d'un faible secours. Cette clause, quand elle est commise, résout le contrat, *res inempta est, finita est emptio;* elle éteint les obligations réciproques des parties; elle fait au besoin naître des obligations inverses. Mais elle ne résout pas la translation de la propriété, parce que le droit classique, selon nous, n'admettait pas que la propriété pût être transférée sous condition résolutoire. *Ad tempus proprietas transferri nequit* (2).

Il faut arriver jusqu'au Bas-Empire pour assister au triomphe d'une théorie contraire. La clause de résolution affecte la propriété même et non pas seulement le contrat. La propriété transmise sans retard à l'acheteur est, par l'effet de la *lex commissoria,* résoluble dans le cas où le prix ne serait pas ensuite payé. La résolution opérée donne au vendeur non-seulement une action personnelle contre l'acheteur en vertu de la clause inhérente au contrat, mais encore une action réelle envers et contre tous ceux qui ont traité avec l'acheteur propriétaire, mais propriétaire menacé de résolution, et qui subissent les conséquences de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Les tiers doivent être en défiance à l'égard de ceux qui n'ont pas encore payé le prix entier de leurs acquisitions (3).

Ainsi s'est formée lentement cette action résolutoire *personnelle et réelle,* résolvant le contrat entre les parties avec effet de revendication contre les tiers; qui, en notre législation, est devenue la principale garantie du vendeur, qui découle de plein droit de toute vente, et qui, en matière immobilière, produit à l'encontre des tiers des conséquences tellement graves que sa suppression a été vivement demandée au nom de l'économie politique. Son principe a été défendu par M. Valette au nom de la justice, sans distinguer entre la résolution *inter partes* et le contre-coup qu'en ressentent même les tiers de bonne foi (4). Le législateur italien, revenant pour ainsi dire sur l'imprudente innovation du Bas-Empire, reprenant en quelque sorte la tradition des Papinien et des Paul, a presque entièrement retiré à cette action le caractère d'action réelle (5). J. E. L.

(1) Arg. ALEX. l. 3. C. 4. 54. *De pactis int. empt. et vend.* — (2) *Frag. Vatic.* § 283. — (3) Arg. VALER. ET GAL. l. 1. DIOCL. ET M. l. 2. Cod. 8. 55. *De donat. quæ sub modo.* — (4) VALETTE. *Mélanges,* t. I. p. 561. — (5) C. civ. Ital. art. 1511

# APPENDICE VIII. (N° 1463.)

## DE LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION.

Le vendeur doit *præstare emptori ut ei rem habere liceat.* Il doit procurer la possession durable et utile de la chose.

Si l'acheteur, après avoir reçu tradition, est privé de la possession, peut-il se plaindre et s'en prendre au vendeur ?

Il faut distinguer.

Si l'éviction provient d'une cause antérieure à la vente, de l'exercice d'un droit préexistant à la vente dans la personne d'un tiers, le vendeur est garant et responsable. Exemple : la vente a eu pour objet la chose d'autrui (1).

Il en est de même si l'éviction provient du fait personnel du vendeur. Exemple : le vendeur était plein propriétaire à l'époque du contrat ; dans l'intervalle entre la vente consentie et la tradition translative de propriété, le vendeur a constitué une hypothèque sur la chose.

Il est utile de distinguer ces deux causes d'éviction, parce que, au moyen d'une clause expresse, le vendeur peut s'affranchir de la responsabilité des causes antérieures, et non de celle de son fait personnel, postérieur au contrat.

Mais si la perte de la possession pour l'acheteur provient d'une cause étrangère au vendeur et postérieure à la vente parfaite (ex. : fait du prince, chances de la guerre, injustice du juge), l'acheteur n'a aucun recours en garantie contre le vendeur. Ces événements sont comparables à des cas fortuits, et l'acheteur, à partir de la vente parfaite, court le risque de la perte fortuite (2).

L'éviction peut être totale ou partielle ; — partielle, elle peut avoir pour objet une part divise ou indivise de la chose. — Le vendeur, propriétaire d'un champ, a promis et livré une contenance plus considérable que celle qui lui appartenait. — Le vendeur a vendu entière une chose dont il n'était que copropriétaire.

L'obligation de garantie se décompose en deux obligations, celle de défendre, de préserver l'acheteur avant l'éviction consommée, celle d'indemniser l'acheteur victime de l'éviction.

Lorsque l'acheteur est menacé d'une éviction dont le vendeur serait garant, il doit dénoncer l'attaque au vendeur, mettre celui-ci en demeure et en mesure de le défendre (3). — L'acheteur qui néglige cette dénonciation et qui succombe par suite d'une défense incomplète, n'a point de recours en indemnité pour une éviction que le vendeur aurait pu prévenir.

---

(1) Alex. l. 1. Cod. *De peric. et com. rei vend.* 4. 48. — (2) Alex. l. 1. Cod. 4. 48. — *Frag. Vatic.* § 10. — Paul. f. 11. pr. Dig. 21. 2. *De evict* — (3) Hermog. f. 74. § 2. Dig. 21. 2. Alex. l. 1. C. 4. 48.

L'obligation de garantie découle naturellement de la vente. L'acheteur, en général, au moment de la vente, obtient, peut même exiger du vendeur une promesse du double du prix en cas d'éviction. — Aussi l'acheteur évincé a-t-il ordinairement deux moyens de recourir en indemnité contre le vendeur garant.

Il a de plein droit l'action *empti*.

Il peut avoir, en outre, une *condictio* en vertu d'une promesse formelle qui accompagne la vente.

La *stipulatio duplæ* est un usage ancien, probablement antérieur à la consécration de la vente comme contrat consensuel.

La *venumdatio*, vente, ou mieux, aliénation solennelle moyennant un prix payé comptant, emportait pour le vendeur qui ne réussissait pas à préserver son ayant cause, obligation de payer à l'acheteur évincé le double du prix (1).

La vente à crédit a été ensuite pratiquée, et rendue *obligatoire* au moyen de deux stipulations réciproques.

Le vendeur promettait *rem emptori tradi* ou *rem emptori habere licere* (2). L'acheteur promettait le prix. Le vendeur presque toujours promettait, en outre, le double du prix pour le cas où l'acheteur serait évincé (3).

La promesse du double a continué à être usitée après la reconnaissance de la vente comme contrat consensuel. Elle a pris le caractère, elle a eu l'utilité d'une clause pénale.

Comme cette promesse était habituelle, à Rome, dans les ventes de choses de quelque importance (immeubles, esclaves), l'acheteur comptait qu'elle lui serait fournie et y avait droit, par cela seul que le vendeur ne convenait pas du contraire (4). Il pouvait donc, par l'*actio empti*, agir contre le vendeur qui refusait à tort de faire la promesse et obtenir une condamnation mesurée sur le *quanti intererat ejus duplam promitti* (5).

Les parties pouvaient affranchir le vendeur de l'usage; elles pouvaient substituer à la peine d'usage une somme différente, une peine plus forte, le triple ou le quadruple du prix (6).

Lorsque la *stipulatio de evictione* a été faite, l'acheteur évincé a deux moyens de recourir contre le vendeur : 1° l'*actio empti*; 2° la *condictio* née de la stipulation.

Nous n'insisterons pas sur toutes les différences qui découlent

---

(1) Paul. *Sent.* 2. 17. § 3. C'était l'objet de l'*actio auctoritatis*. M. Girard. *Revue histor.* 1882, p. 180. — (2) Ulp. f. 72. pr. Paul. f. 83. pr. Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* — (3) Quand le vendeur avait promis *habere licere*, ce qui équivalait à *curaturum se ut emptori rem habere liceret*, il semble que l'acheteur évincé aurait eu un recours en garantie en vertu de cette promesse; mais par *condictio incerti*. La *condictio certi* résultant d'une promesse du double du prix présentait des avantages. Ulp. f. 50. Paul. f. 83. pr. D. 45. 1. — (4) Ulp. f. 37. pr. Dig. 21. 2. Ulp. f. 31. § 20. Dig. 21. 1. *De ædil.* Ed. — (5) *Frag. Vatic.* § 8. — Labbé. *De la garantie*, p. 9 et suiv. — (6) Paul. f. 56. pr. D. 21. 2.

de ce que, de ces deux actions, l'une est de droit strict et l'autre de bonne foi; nous les comparerons sous deux rapports.

L'éviction n'est pas définie, entendue de même au point de vue de ces deux voies de recours.

Les condamnations auxquelles aboutissent ces deux actions n'ont pas la même importance.

I. En ce qui concerne la stipulation pénale *de evictione*, contrat de droit strict, le mot éviction est pris dans un sens étroit. L'application de la peine, qui est rigoureuse, est restreinte aux cas que les parties ont exprimés sous le mot *evictio*. — L'éviction est la privation de la chose par suite d'une sentence judiciaire. Insistons sur les éléments de cette définition.

*a*. Il faut d'abord qu'un procès ait été soutenu et se soit terminé au détriment de l'acheteur. Un tiers a, par exemple, intenté contre l'acheteur avec succès une action en revendication ou une action hypothécaire. Autre hypothèse : l'acheteur, ayant été dépossédé sans faute de sa part, intente l'action en revendication ou, d'après les conseils du vendeur, l'action publicienne; il succombe. Il y a éviction; la stipulation du double est commise (1).

Au contraire, l'absence de sentence judiciaire empêche qu'il n'y ait éviction *stricto sensu*, lorsque l'acheteur, qui a traité avec un *non dominus*, devient ensuite par une cause nouvelle, postérieure, étrangère au vendeur, propriétaire de la chose, comme héritier ou comme donataire, légataire du propriétaire. L'acheteur qui est à la fois propriétaire et possesseur, ne saurait se faire à lui-même un procès, s'évincer judiciairement. La *stipulatio duplæ* n'est pas encourue (2).

Cela n'est pas inexplicable. Pour que la *stipulatio duplæ* soit commise, il faut que l'éviction soit préalablement certaine. Les faits que nous venons de supposer en dernier, ne présentent aucune certitude; ils prêtent à discussion. Le tiers dont l'acheteur est l'héritier ou le donataire est-il le vrai propriétaire et non le vendeur? La stipulation du double par sa rédaction est subordonnée à une éviction manifestée par une défaite en justice; elle ne comporte pas un tel débat sur la réalité de l'éviction.

*b*. Il faut en second lieu que l'acheteur soit, par suite de la sentence judiciaire, privé de la chose vendue, dépossédé, c'est-à-dire destitué de la possession que lui avait procurée le vendeur.

Au surplus, que l'acheteur ait, sur l'ordre du juge, restitué la chose au tiers, ou que, à défaut de restitution, il ait été condamné à l'*æstimatio litis*, cela importe peu; dans les deux cas, les caractères de l'éviction, *sensu stricto*, se rencontrent (3). L'acheteur n'a plus la chose, ou il l'a, non plus en vertu de la vente, mais en vertu d'un sacrifice d'argent imposé par le juge.

---

(1) Pomponius. f. 16 § 1. Dig. 21. 2. *De evict.* f. 29. § 1. Dig. *Eod.* — (2) Paul. f. 9 Dig. 21. 2. *De evict.* — (3) Pomp. f. 16. § 1. Dig. 21. 2. *De evict.*

Supposons que, la revendication du tiers précède la tradition à l'acheteur ; elle est dirigée contre le vendeur qui possède encore ; le tiers triomphe. C'est au vendeur et non à l'acheteur que la chose est enlevée. Le double du prix n'est pas exigible. L'acheteur qui n'a pas encore pris possession et vraisemblablement n'a pas encore payé le prix, n'avait pas encore acquis la position dont la sévère stipulation du double est destinée à assurer le maintien (1).

La vente a eu pour objet une femme esclave. Cette femme met au monde chez l'acheteur un enfant. Elle meurt. Après sa mort, un tiers, qui était propriétaire de la mère, revendique l'enfant. L'acheteur qui succombe en justice, est privé d'une chose provenant de la chose par lui achetée, mais enfin d'une chose autre que celle objet de la vente. La stipulation pénale ne produit pas son effet. La peine n'a pas été fixée en vue de ce dommage (2). Quant à la perte de la chose vendue, elle est arrivée par un cas fortuit qui regarde l'acheteur, dont le vendeur n'est pas garant.

Il paraît également qu'une éviction partielle ne faisait pas encourir la peine du double, à moins que le cas n'eût été prévu et exprimé dans la stipulation. On ne peut pas affirmer que l'on soit évincé d'une chose lorsqu'on en conserve une partie (3).

*c.* Il faut, en troisième lieu, pour que la peine du double soit encourue par l'effet de l'éviction, que le prix ait été antérieurement payé par l'acheteur (4). Nous ne savons de quel mot, dans la formule de la stipulation, cette conséquence était déduite. Elle avait sans doute une origine historique. On comprend que l'acheteur n'ait dû se croire dans une sécurité complète et justifiée, qu'après avoir reçu possession et payé le prix, c'est-à-dire rempli les conditions normales de la translation de la propriété.

Tandis que le mot éviction est pris dans un sens étroit au point de vue de la stipulation du double, la garantie que doit le vendeur en vertu du contrat de vente, et qui est sanctionnée par l'*actio empti,* contrat et action de bonne foi, est beaucoup plus large.

Toutes les fois que l'acheteur, par l'effet d'une cause préexistante à la vente ou par le fait du vendeur, est privé de la chose vendue en tout ou en partie, des accessoires ou des provenances

---

(1) Marcel. f. 61. Celsus. f. 62. pr. Dig. 21. 2. — (2) Paul. f. 42. Dig. 21. 2. — (3) Paul. f. 56. § 2. Dig. 21. 2. Une addition, afin de comprendre dans la *stipulatio* même une éviction partielle, paraît avoir été fréquente. Giraud, *Enchiridion,* p. 652. *Instrumentum emptionis... Quod si quis rem partemve quam ex ea quis evicerit.* Il s'agit d'une *puella;* la seule éviction partielle possible est celle d'une part indivise. Papinien dans une loi célèbre (f. 64. D. 21. 2) explique les conséquences de l'éviction d'une part indivise sur la *stipulatio duplex.* Le § 3 de cette loi qui prévoit l'éviction d'une part divise se réfère-t-il également à la stipulation du double? — (4) Paul. *Sent.* 2. 17. § 1. Ulp. f. 11. § 2. Dig. 19. 1. *De act. empt. et vend.*

de cette chose, ou toutes les fois que, s'il conserve l'émolument que la vente lui a procuré, c'est à titre nouveau, gratuit ou onéreux, et non comme acheteur, il peut dire au vendeur : Vous n'avez pas rempli votre obligation de *præstare ut mihi rem habere liceat*. Il peut demander des dommages et intérêts par l'*actio empti* (1). Cette action servira au besoin à démontrer le dommage, sa cause, la garantie due par le vendeur, et à donner satisfaction à l'acheteur lésé.

II. Les deux actions, l'*actio ex stipulatu*, l'*actio empti*, dont nous venons de préciser les cas différents d'ouverture, ne conduisent pas aux mêmes résultats pécuniaires.

Par la *condictio ex stipulatu de evictione*, l'acheteur obtient la peine stipulée, ni plus, ni moins, quelle que soit la valeur de la chose au temps de l'éviction, quelle que soit l'étendue du dommage éprouvé. La peine stipulée a le caractère d'un forfait.

Par l'*actio ex empto*, l'acheteur obtient la réparation exacte du préjudice que lui cause l'éviction (2). — La valeur de la chose au moment de l'éviction forme l'élément principal de la condamnation. L'estimation, comparée au prix, est moins forte ou plus forte selon que la chose a, depuis la vente et fortuitement, diminué ou augmenté de valeur.

Des éléments accessoires peuvent s'ajouter à ce principal : Un esclave acheté a été institué héritier. L'acheteur, par la revendication d'un tiers, est lésé bien au delà de la valeur de cet esclave ; car il est privé de la valeur de l'hérédité recueillie.

Toutefois le juge, qui statue *ex æquo et bono*, peut, à l'égard d'un vendeur de bonne foi, modérer le chiffre des dommages et intérêts, et ne pas tenir compte d'une augmentation de valeur considérable et inattendue, en dehors des éventualités probables (3).

L'esprit de la jurisprudence romaine est facile à découvrir.

Un forfait aveugle comme la stipulation du double n'est pas le meilleur mode d'indemnité. Il est restreint aux cas expressément prévus dans la formule du contrat verbal. Cela est sans inconvénient, puisque, à défaut de l'*actio ex stipulatu*, l'acheteur aura l'*actio empti*, qui lui procurera une exacte, une équitable réparation du tort éprouvé.

Ajoutons que, dans les cas où s'ouvrent en même temps au profit de l'acheteur la *condictio* et l'*actio empti*, il a le choix et exercera l'action qui lui offre le résultat le plus avantageux.

L'acheteur est très-bien protégé. Le vendeur est vivement stimulé à remplir ses obligations.

Un point que nous devons mettre en lumière et qui a une

---

(1) Jul. f. 8. Paul. f. 9. Dig. 21. 2. — (2) Julianus. f. 8. Dig. 21. 2. — (3) Paul. f. 43. *in fine*. Dig. 19. 1. *De act. empt. et vend.* Comb. le fr. 44. *eod.* avec la loi de Just. I. C. 7. 47. Comp. C. civ. art. 1150. 1151.

grande importance lorsque l'acheteur n'est pas dans le cas d'exercer l'action *ex stipulatu* (soit que l'acheteur ait renoncé à cette garantie spéciale, soit que l'éviction ne se soit pas réalisée dans le sens strict du mot), est celui-ci : L'acheteur évincé n'a pas droit à la restitution du prix. En vertu d'une vente valable, des obligations réciproques naissent, qui sont, une fois nées, indépendantes l'une de l'autre quant à leurs effets ultérieurs. L'acheteur doit le prix, le vendeur doit garantie contre l'éviction. L'acheteur évincé n'est pas libéré de la dette du prix ; il a seulement le droit d'invoquer l'obligation de garantie contre le vendeur. On ne peut dire que la dette du prix soit sans cause, puisque le contrat est valable et s'exécute de part et d'autre. Le vendeur qui n'a pas prévenu l'éviction, ne remplit pas en nature son obligation de *præstare;* mais il la remplit par équivalent, en subissant une condamnation pécuniaire destinée à procurer à l'acheteur un émolument égal à celui qui résulterait de la possession par lui conservée de la chose. L'obligation du vendeur se transforme, mais elle s'exécute; pourquoi l'obligation de l'acheteur ne s'exécuterait-elle pas?

Cette théorie ressort des conséquences qui en dérivent et que nous trouvons dans les monuments du droit romain.

La chose vendue a fortuitement diminué de valeur dans l'intervalle entre la vente et l'éviction. L'acheteur réduit à exercer l'*actio empti* n'obtiendra que le montant de la valeur de la chose au jour de l'éviction, c'est-à-dire une somme inférieure au prix. Le vendeur bénéficiera de la différence (1).

Comment s'en étonner, dans la théorie romaine? il bénéficierait du prix entier si la chose avait entièrement péri par cas fortuit avant toute éviction.

Ce sont deux décisions qui découlent de ce que la vente de la chose d'autrui est valable, et de ce que les risques regardent l'acheteur à partir de la perfection de la vente.

Encore devons-nous ajouter que le vendeur ne conservera ce bénéfice que s'il a été de bonne foi. Autrement, l'acheteur trompé et imputant au vendeur un dol sans lequel il n'aurait pas contracté, aurait l'*actio empti* pour obtenir tout l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé, en d'autres termes, à ne pas contracter.

Notre législateur accorde à l'acheteur évincé, en tout cas, droit à la restitution du prix comme indu (2). — La décision se justifie par deux principes que le droit romain ne connaissait pas et qui existent dans notre législation : la vente de la chose d'autrui est nulle; les contrats sont résolubles pour inexécution de la part d'une des parties.

Pour pénétrer plus avant dans l'esprit de la jurisprudence

---

1) Paul. f. 43 et 45. pr. Dig. 19. 1. Paul. f. 70. Dig. 21. 2. *contra* Pothier. *Du contrat de vente,* n° 69. — (2) C. civ. art. 1630. 1°.

romaine, il convient de rapprocher plusieurs hypothèses et les décisions auxquelles elles donnent lieu.

Nous supposons toujours le vendeur de bonne foi.

La vente a eu pour objet, non une chose spécifiée, mais une chance, la chance d'un coup de filet; quoi qu'il arrive, quel que soit le résultat du coup de filet, le prix est dû au vendeur. Le prix a été proportionné à une chance, non à la valeur d'une chose. La chance a été courue (1).

La vente a eu pour objet une chose spécifiée. Le vendeur a donné connaissance d'un danger spécial d'éviction et déclaré par cela même qu'il n'en serait pas garant. L'éviction a lieu par la cause prévue et signalée. Le prix reste dû. Dans la fixation du prix, on a tenu compte de la valeur de la chose et de la chance indiquée avec précision (2).

La vente a eu pour objet une chose spécifiée. Le vendeur s'est exonéré de l'obligation de garantie, sans indiquer aucun péril d'éviction spécial et déterminé. L'acheteur est évincé. Le vendeur, qui ne doit pas une réparation complète du dommage éprouvé, doit au moins restituer le prix ou en libérer l'acheteur (3). Le prix a été ici proportionné à la valeur de la chose, et non à une chance qui était absolument indéfinie et qui n'était pas déclarée être l'objet de la vente.

La pensée des jurisconsultes paraît avoir été la suivante :

Celui qui vend une chose avec garantie, s'oblige, moyennant un prix ferme, à procurer une chose d'une valeur variable ou l'émolument variable de cette chose. Il court, en cas d'éviction, la chance mauvaise de payer des dommages et intérêts supérieurs au prix. Il n'est pas injuste qu'il ait, en sens inverse, la chance bonne de conserver l'excédant du prix sur le dommage.

Celui qui vend une chose sans garantie, et qui reçoit un prix représentant la valeur de la chose, ne court aucune chance de perte, l'acheteur fût-il évincé; il ne doit avoir aucune chance de gain. Il ne peut retenir le prix en présence de l'acheteur évincé de la chose (4). J. E. L.

---

## APPENDICE IX. (Nos 1552, 1570, 2225.)

### DE LA REPRÉSENTATION DANS LES ACTES JURIDIQUES.

Il est une idée juridique, admise par les législations modernes, qui semble avoir été à peu près inconnue aux Romains, c'est celle de la représentation d'une personne par une autre dans les con-

(1) Ulp. f. 11. § 18. Dig. 19. 1. — (2) Diocl. et M., l. 27. C. 8. 45. *De evict.* C. civ. art. 1629. — (3) Ulp. f. 11. § 18. Dig. 19. 1. — (4) Labbé. *Des conséq. de l'éviction et du recours en garantie. Revue pratique,* 1872, t. 34. p. 289 et suiv.

trats et les procès. De nos jours, le mandataire représente le mandant dans les actes qu'il a reçu le pouvoir de conclure; le tuteur représente le pupille dans tous les actes de la vie civile. Le mandant, le mineur sont regardés comme ayant été présents, parties dans les actes faits en leur nom et dans leur intérêt. Le mandataire, le tuteur ont soutenu le personnage d'autrui; leur personnalité propre est étrangère aux actes qu'ils ont accomplis. Il en est autrement en droit romain, à tel point que le mot correspondant à « représentation » dans la langue latine, n'a point du tout le même sens que celui que nous y attachons (1), et qu'aucune expression n'existe pour désigner ce phénomène d'un acte qui, accompli par une personne, le représentant, produit ses effets juridiques dans une autre personne, le représenté.

Les Romains posent, au contraire, en règle que tout acte produit ses effets dans la personne de ceux qui y ont été parties, et que la volonté contraire, volonté exprimée qu'un tiers ait un droit ou soit obligé en vertu d'un acte accompli en son nom et pour son compte sans qu'il y ait participé, rendrait l'acte absolument nul (2).

Les préteurs ont corrigé les inconvénients de ce principe; mais ils ne l'ont pas renversé; nous voulons dire, non pas seulement qu'ils ne l'ont pas abrogé, ils n'en avaient pas le pouvoir, mais encore qu'ils ont accepté les conséquences du principe du droit civil comme point de départ de leurs innovations; ils ont dirigé leur jurisprudence de façon à maintenir ou neutraliser les conséquences du principe civil selon les exigences variables de l'utilité ou de l'équité (3).

Les empereurs, jusqu'au Bas-Empire, ont procédé de même; ils ont reproduit et perpétué le principe du droit ancien, principe exclusif de la représentation, et se sont contentés, à quelques exceptions près, des tempéraments prétoriens (4).

Tel est, suivant nous, l'enseignement qui ressort des lois romaines; nous voulons le résumer et mesurer l'intervalle qui restait à franchir pour arriver au principe moderne de la représentation.

---

(1) Inst. 2. tit. 20. § 14. — Nous prenons le mot représentation dans son sens propre, représenter, c'est rendre présent. Dans l'acte, le représenté est réputé présent. Le représentant disparaît sous la figure du personnage qu'il fait parler, agir. — Bien souvent, trop souvent, le mot est pris dans le sens vague de agir pour le compte d'autrui. La correction du langage élucide les idées, facilite le raisonnement. — (2) Paul. f. 11. Dig. *De obl. et act.* 44. 7. *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* — (3) Le principe qu'on ne peut, en pactisant, acquérir une créance à autrui, s'applique au pacte de constitut. L. 5. § 6. Dig. 13. 5. *De pec. const.* — (4) Diocl. et Max. l. 1. Cod. 4. 27. *Per quas pers.* — Diocl. et M. l. 26. Cod. 5. 12. *De jure dotium.* — Diocl. et M. l. 6. Cod. 4. 50. *Si quis alteri emerit.*

§ 1.

Quelles raisons ont suggéré aux Romains une idée, une conception, qui nous paraît singulière, tant nous sommes familiarisés avec la théorie contraire?

En y réfléchissant, on reconnaît que l'idée romaine était la plus simple, la plus vraie, celle qui a dû la première s'offrir à l'esprit humain, et, en outre, qu'elle a été la suite nécessaire du formalisme qui caractérisait le droit primitif.

Comment l'auteur d'un acte ne serait-il pas le sujet actif ou passif des effets de cet acte? Supposer étranger à l'acte celui qui le fait, et présent celui qui ne l'est pas, est une fiction, l'inverse de la réalité, une subtilité, un raffinement contraire à la rudesse des premiers usages.

Le formalisme entoure la volonté de formes qui la précisent et la protégent. La volonté n'est efficace que si elle revêt la forme prescrite. Les formalités servent aussi à fixer les rapports entre les personnes. La seule personne dont la volonté ait été régulièrement manifestée, la seule personne qui ait rempli les conditions légales du droit, la seule personne qui ait solennellement noué le contrat avec une autre, est la personne qui a figuré dans la cérémonie de l'acte juridique.

Rappelons que, pendant une première période, tous les actes juridiques ont été solennels. Puis, quand des effets juridiques ont été attribués à des actes dépourvus de solennités (contrats réels, consensuels), le principe que chacun subit de prime abord les conséquences de ses actes leur a été appliqué, parce qu'il était établi et qu'il était, d'ailleurs, conforme à la raison.

Cela n'empêchait pas de profiter des services d'un mandataire. Seulement le mandataire acquérait, s'obligeait, sauf à reverser sur le mandant dont il avait suivi les ordres le bénéfice des droits à acquérir, la charge des obligations (1).

§ 2.

Il semble, pourtant, que la représentation se rencontre dans les rapports des membres d'une famille et de son chef. Tout droit acquis à une personne en puissance est acquis au père de famille; cette règle est formulée dans des termes, *vox filii vox patris,* qui semblent une parfaite expression de l'idée de représentation. Le mandataire est, disons-nous aussi, nous modernes, l'organe du mandant. La maxime courante chez les Romains *nihil per extraneam personam adquiri posse,* qui est une des traductions de l'idée de non-représentation, semble également nous offrir une ligne de démarcation entre deux domaines régis différemment :

---

(1) Paul. f. 45. pr. Dig. *Mandati.* 17. 1.

Le père de famille ne peut se donner pour représentants des personnes étrangères à sa famille; mais il a pour représentants réguliers les personnes soumises à sa puissance.

Assurément, les résultats de la règle : « Ce qu'une personne *alieni juris* acquiert est acquis à son chef de famille », sont en grande partie identiques avec ceux du principe moderne de la représentation. Mais la source de ces idées, qui se rapprochent dans les résultats, est à notre avis profondément différente.

Le principe de la représentation a pour but d'étendre l'activité juridique d'une personne en lui donnant des agents, des organes soumis à sa volonté, dévoués à ses intérêts.

Le principe : « Le père de famille acquiert par les personnes en sa puissance », dérive de l'organisation de la famille romaine; il a été établi dans l'intérêt collectif de la famille, et non dans l'intérêt du père de famille; il produit des effets que la volonté de ce chef ne dirige pas.

Dans la famille, unité juridique, il n'y a qu'un patrimoine; tout ce que les membres de la famille acquièrent contribue à former ce patrimoine. Les membres libres de la famille sont copropriétaires de ce patrimoine géré par le chef (1).

Aussi le père de famille acquiert par ses fils et ses esclaves nécessairement, qu'il le veuille ou ne le veuille pas (2).

Le père de famille acquiert des droits; mais s'il a intérêt à contracter une dette là où il ne se trouve pas, il ne peut le faire en y députant une personne placée sous sa puissance; il ne peut se servir pour s'obliger de la parole de ses fils ou de ses esclaves. L'expression la plus énergique, en ce sens, de sa volonté est impuissante. Pourquoi? parce que l'intérêt social, qui veut la force et la durée des familles, aurait été compromis si chaque membre avait pu faire supporter ses dettes au patrimoine commun. De même qu'on a posé la règle absolue : ce qu'une personne *alieni juris* acquiert est acquis à son chef de famille, on a posé d'une manière également absolue, indépendante de la volonté des individus, la règle inverse : le chef de famille n'est pas tenu des dettes contractées par les personnes en sa puissance.

Cette règle : ce qui est dû au fils de famille ou à l'esclave est dû au père de famille, est ancienne, et elle n'a pas suivi le progrès des mœurs. Elle est née et elle convenait à l'époque du droit formaliste et élémentaire, à l'époque où la stipulation était à peu près la seule manière de contracter, à l'époque où chaque obligation était isolée dans un contrat essentiellement unilatéral. On n'apercevait aucune étrangeté à dire : la stipulation du fils profite au père. La promesse du fils n'oblige pas le père de famille. C'étaient deux contrats distincts. — La même règle conduit aux

(1) GAIUS. Com. 2. § 157. — (2) INST. JUST. lib. 2. tit. 9. § 3. — JULIAN. f. 62. DIG. *De verb. oblig.* 45. 1. GAIUS. f. 32. DIG. *De acq. dom.* 41. 1.

résultats les plus bizarres, appliquée aux contrats synallagmatiques; elle les disloque et les mutile. Prenons l'exemple d'une vente faite par un fils de famille : le père de famille devient créancier, c'est le fils qui est tenu de l'obligation corrélative.

Si nous considérons spécialement l'esclave, l'analogie avec la représentation est plus spécieuse encore; car l'esclave, pour acquérir, reçoit communication de la capacité de son maître, comme, de nos jours, le mandataire, de celle du mandant (1).

Mais ici encore cet effet est indépendant de la volonté du maître. L'organisation de la famille civile, même relativement aux esclaves qui en dépendent, repose sur des bases que l'usage a fixées, que le père de famille ne saurait modifier au gré de son intérêt individuel.

Dans les dispositions testamentaires adressées à des esclaves, nous voyons apparaître l'idée très-remarquable que la personne gratifiée est, non pas le maître par le canal de l'esclave, mais l'esclave lui-même. La *testamenti factio* est, il est vrai, empruntée par l'esclave au maître; pour tout le reste, les conditions de validité du legs se recherchent dans la personne de l'esclave (2). — L'esclave est la personne gratifiée, l'objet de la bienveillance qui est l'essence du legs. L'esclave, à partir de la confection du testament, si les dispositions testamentaires sont connues, aura plus de valeur, sera mieux traité; il portera avec lui, en tout cas, dans ses changements de condition, l'espérance de la libéralité; il en profitera, s'il devient libre en temps utile; il l'aura presque certainement dans son pécule, s'il demeure esclave.

§ 3

Plaçons-nous sous l'empire du principe du droit civil : « Une personne peut faire un acte pour le compte d'autrui, mais non comme le représentant d'autrui. » Voyons comment un Romain pouvait se servir du ministère d'un mandataire.

Il faut distinguer les actes juridiques en deux classes : 1° actes qui ne supposent pas chez l'agent un droit ou une qualité spéciale préexistante. Pour acquérir la propriété, devenir créancier, se constituer débiteur, il n'est pas nécessaire d'être déjà antérieurement investi d'un droit ou placé dans une situation juridique spéciale et préparatoire. — 2° Actes qui supposent chez l'agent un droit antérieur, une position préétablie, une vocation déterminée. Pour aliéner, il faut être propriétaire; pour être libéré, il faut être débiteur; pour acquérir une servitude prédiale, il faut avoir la propriété du fonds dominant; pour accepter une hérédité, il faut être appelé à la recueillir.

---

(1) Inst. Just. lib. 3. tit. 17. Pr. Textes précités de Jul. f. 62. D 45. 1 et Gaius, f. 32. D. 41. 1. — (2) Paul. l. 82. § 2. Dig. *De legatis*. 2° XXI.

Une autre distinction se mêle à la première : les droits ou les vocations sont ou ne sont pas transmissibles d'une personne à une autre.

1° Le mandataire peut aisément acquérir par ordre et pour compte d'autrui un droit cessible. Il peut acquérir la propriété et la retransférer au mandant (1).

Si le droit n'est pas cessible, mais que l'exercice et l'émolument du droit puissent passer à autrui, comme il en est du droit de créance, le mandataire peut créer et faire naître en sa personne le droit de créance et en retransférer l'exercice au mandant par une *procuratio in rem procuratoris* (2).

Les obligations, considérées au point de vue passif, sont également incessibles. Le mandataire a contracté une dette pour compte du mandant. Celui-ci doit *suscipere obligationem*, soit en se laissant déléguer au créancier qui se prêterait à la novation, soit en intervenant au procès comme *procurator in rem suam* avec satisdation *judicatum solvi* (3).

Le mandant n'est tenu de *suscipere obligationem* que si le mandataire n'a pas excédé les limites du mandat. Mais cette circonstance ne regarde en rien le tiers, dont le contrat avec le mandataire conserve dans tous les cas sa force (4).

Si le droit à acquérir est incessible et que le droit varie d'étendue selon la personne en qui il prend naissance, par exemple un droit de servitude personnelle, le mandataire ne peut rendre au mandant le service de le lui acquérir, même de seconde main, c'est-à-dire en le lui retransférant après l'avoir acquis (5). Le mandataire peut seulement stipuler une peine pour le cas où le droit d'usufruit ou d'usage ne serait pas constitué au profit du mandant.

2° *a* Pour aliéner, il faut être propriétaire. Celui-là seul qui est propriétaire, peut valablement soit manciper, soit céder *in jure*.

Ces actes d'aliénation comportent-ils l'intervention d'un mandataire du côté de l'aliénateur? Oui et non, car il faut et il suffit que le mandant ait premièrement transféré sa propriété au mandataire. Celui-ci agit ensuite, moins comme mandataire que comme propriétaire. Les tiers n'ont pas à s'inquiéter des limites du pouvoir donné. Le mandataire peut abuser de la confiance mise en lui, sauf à en être personnellement responsable.

---

(1) Callist. f. 59. Dig. 41. 1. *De acq. rer. dom.* Pap. f. 3. § 1. Dig. *Qui potiores*. 20. 4. — (2) Ulp. f. 8. § 10. Dig. 17. 1. *Mandati*. — (3) Paul. f. 45. § 2. Dig. 17. 1. *Mandati*. — (4) Paul. *Sent.* 2. 15. *De mandatis* § 3. — (5) Cela est vrai du droit d'usage, parce que même l'exercice de ce droit est incessible. Cela est vrai du droit d'usufruit, en ce sens que l'émolument du droit acquis par le mandataire, et dont l'exercice serait abandonné au mandant, n'aurait pas la même étendue, la même durée que l'émolument du droit d'usufruit que le mandant se serait fait constituer. Le but n'est pas atteint. La mort du mandataire privera le mandant des ressources viagères qu'il voulait acquérir.

Il en est de même s'il s'agit de constituer une servitude par un mode civil. Le mandant se dessaisira de la propriété du fonds qu'il consent à grever de servitude. Le mandataire, devenu propriétaire, constituera la servitude; puis il retransférera au mandant la propriété diminuée de la servitude qu'il avait mission de constituer (1).

Le partage se compose d'aliénations réciproques. Il semble qu'un mandataire ne peut *jure civili* y figurer qu'après avoir été investi de la copropriété du mandant.

Ulpien fait allusion à cette nécessité de transférer la propriété à un mandataire pour le mettre en état de figurer dans certains actes juridiques, notamment des procès, et il nous dit que l'aliénation faite dans ce but ne tombe pas sous le coup de l'édit qui réprime les aliénations faites par dol en vue d'un procès, *edictum de alienatione judicii mutandi causa* (2).

Ces aliénations provisoires, c'est-à-dire à charge de restitution, étaient fort usitées dans les temps anciens. Gaius en donne des exemples bien connus (3).

*b.* L'acceptilation, mode verbal d'extinction des obligations nées *verbis*, est un acte qui, par les paroles dont il se compose, n'intervient valablement qu'entre les personnes ayant les qualités, l'une de créancier, l'autre de débiteur. Ajoutons que ces paroles fixées par la coutume sont invariables. Un mandataire n'y peut figurer que si, par une novation, il a été préalablement rendu créancier, ou débiteur (4).

*c.* Lorsque la qualité ou la vocation que l'acte suppose ne saurait passer d'une personne à une autre, l'intervention du mandataire est impossible. Telle est la vocation testamentaire à l'hérédité; nul autre que l'institué ne peut prononcer efficacement les paroles de la *cretio*. Il en est autrement de la vocation à l'hérédité légitime; la qualité d'aguat à laquelle elle est attachée, est cessible *in jure* (5).

---

(1) Comp. *Fr. Vatic.* § 51 *in fine*. — (2) GAI. f. 1. ULP. f. 4. § 3. DIG. 4. 7. *De alien. jud. mut. : Dominio in procuratores plerumque ex justa causa translato*. — (3) GAIUS. Com. 2 §§ 59-60. — (4) ULP. f. 13. § 10. DIG. 46. 4. *De accept*. — (5) GAIUS. 3. § 85. Nous croyons que la *cretio*, acceptation solennelle, s'appliquait à l'hérédité légitime comme à l'hérédité testamentaire. (GAIUS. Com. 2. § 167.) La seule différence entre ces deux modes de dévolution est que le testateur peut renfermer la *cretio* dans un délai fatal. L'acceptation même solennelle de l'hérédité légitime était permise et possible *jure civili, quocumque tempore*. *Contra* DUBOIS, *Inst. de Gaius*, p. 313, note 293.

Nous ne parlons pas ici de l'adition d'hérédité, acceptation non solennelle, consistant dans une pure manifestation de volonté. Il est vrai que cet acte doit émaner essentiellement de la personne intéressée et ne peut être accompli par mandataire. Mais donner mandat de faire adition, ce serait manifester la volonté d'être héritier. Le but serait atteint. La règle ne trouve son application qu'au tuteur qui tient ses pouvoirs de la loi et non de la volonté du pupille incapable. Le tuteur ne peut pas faire pour le pupille adition d'une hérédité échue à ce dernier. Il en a été ainsi jusqu'à une constitution de Théo-

Il est à remarquer que les conséquences du principe étaient favorables à la sécurité des tiers. Ceux-ci traitaient avec le véritable ayant droit; ils n'avaient pas à s'inquiéter des restrictions mises au mandat, car il n'y avait pas de restriction au droit transféré au mandataire.

§ 4.

Le principe d'après lequel les actes juridiques ne produisent leurs effets que dans la personne de leurs auteurs, a reçu, même en droit civil, des limitations, des restrictions fort importantes.

1° Il régit l'acquisition des droits, non les actes conservatoires d'un droit antérieurement acquis (1).

L'interpellation qui met le débiteur en demeure peut être faite par un tiers au nom du créancier.

Un *procurator*, en déduisant en justice une action concernant le droit d'un absent, sauve cette action des causes d'extinction qui la menaçaient, l'expiration d'un certain temps, la mort du titulaire, la mort du défendeur éventuel (2).

Un voisin commence un travail de construction ou de démolition qui porte atteinte à un droit que je prétends avoir. Il est de règle à Rome que celui qui commence un travail immobilier et qui rencontre une opposition, une contradiction, doit s'arrêter et attendre que la contestation ait été jugée. S'il continue, il commet une voie de fait qui appelle une répression (3). Un *procurator* peut faire l'opposition, manifester la contradiction, qui donnent ouverture au profit du propriétaire lésé, soit à l'*interdictum quod vi aut clam*, soit à l'*interdictum* suite de la *nunciatio operis novi* méconnue (4).

2° Une seconde limitation, plus importante encore, regarde la possession.

Un tiers peut nous rendre le service de réaliser pour nous le *corpus possessionis*. On peut posséder *corpore alieno*. Soit pour acquérir la possession, soit pour opérer une tradition au profit d'autrui, on recourt valablement au ministère d'un mandataire. — Cette règle, introduite sous l'empire, de Gaius à Papinien, a été développée ailleurs (5); nous préciserons seulement la portée de ses conséquences au point de vue du sujet qui nous occupe.

Par la tradition, on accomplit entre-vifs une aliénation parfaite

---

dose II qui, par des raisons d'utilité, dérogeant au principe ancien exclusif de la représentation, a permis au tuteur (comme au père de famille) de faire adition d'hérédité au nom de son pupille (comme au nom du fils de famille) *infans*. L. 18. C. 6. 30. *De jure delib.*

(1) Paul. f. 72. Dig. 3. 3. *De proc.* — (2) *Fr. Vatic.* § 112. Ulp. f. 11. § 2 Dig. 47. 10. *De injur.* — (3) Ulp. f. 1. § 2. Dig. *Quod vi aut clam.* 43. 24. Ulp. f. 20. § 1. Dig. *De op. nov. nunc.* 39. 1. — (4) Ulp. f. 3. pr. Dig. *Quod vi aut clam.* 43. 24. — (5) Expl. des Inst. nos 632, 633. Gaius. Com. 2. § 95. Paul. f. 1. § 20. Dig. *De acq. poss.* 41. 2. Paul. *Sent.* lib. 5. tit. 2. § 1.

des choses *nec mancipi* et, des choses *mancipi*, une aliénation imparfaite, mais déjà très-utile et très-efficace.

Il en résulte que le vieux principe de la non-représentation n'impose pour ainsi dire plus d'entrave à l'aliénation entre-vifs de la propriété. Forcé de recourir à un mandataire, on s'abstiendra de la mancipation; mais on obtiendra des résultats presque équivalents par la tradition.

Les intérêts du mandant seront mieux sauvegardés que par le procédé ancien précédemment décrit. Les tiers devront faire attention à l'étendue des pouvoirs conférés. Si le mandataire excède ses pouvoirs en livrant, le mandant, qui n'avait autrefois qu'une action en indemnité contre le mandataire, a maintenant une action en revendication contre les tiers acquéreurs (1).

L'innovation a permis à celui qui remet une chose en gage, en dépôt, en commodat, de continuer à usucaper; car désormais il conserve la possession *animo suo, corpore alieno* (2).

Elle a également rendu possible de renoncer à la dangereuse mancipation avec fiducie, et de conférer pourtant au créancier gagiste le pouvoir d'aliéner; il aliène en livrant le bien du débiteur comme un *procurator*, il aliène pourvu qu'il agisse ainsi après l'échéance, à défaut de paiement et à titre de vente (3).

Nous avons dit que le principe exclusif de la représentation, presque en tout énervé dans les aliénations entre-vifs, ne conservait guère sous son empire que les obligations. Même en matière de contrats, une dérogation notable au principe a découlé de la faculté admise d'aliéner par un *procurator* au moyen de la tradition.

La condition matérielle qui, pour la formation du *mutuum*, s'ajoute au consentement, est une aliénation *credendi animo*. De notre volonté, spéciale ou générale, une personne agissant en notre nom prête à un tiers des pièces de monnaie ou autres choses fongibles, soit nous appartenant, soit lui appartenant à elle-même. Non seulement nous sommes réputé avoir fait la *datio mutui* : un constitut possessoire explique que nous soyons considéré comme l'auteur de l'aliénation en *mutuum* des choses qui appartenaient à notre mandataire; mais encore nous devenons créancier de l'emprunteur. L'acte d'un *procurator* dont la volonté, d'accord avec la nôtre, négocie un contrat avec un tiers, nous fait acquérir un droit de créance contre ce tiers. Notre volonté peut être, ou particulière à un acte, ou même générale et embrasser une série indéfinie d'opérations du même genre (4).

---

(1) Paul. f. 5. § 3. Dig. *Mandati*. 17. 1. — (2) Julianus. f. 33. § 4. Dig. *De usucap*. 41. 3. — (3) Gaius. *Com*. 2. § 64. *Item procurator... item creditor*. — (4) Ulp. f. 9. § 8. Dig. *De rebus creditis*. 12. 1. Nous n'hésitons pas à exiger le consentement de celui au nom de qui le prêt est effectué. Celui qui prête au nom d'autrui et rend autrui créancier, est, à notre avis, nécessaire-

Ceci est admis dans le *mutuum*, uniquement dans le *mutuum*, contrat unilatéral. Le prêteur n'est en aucun cas obligé.

3° A part l'exception que nous venons d'indiquer, les Romains ont persisté dans cette idée qu'un contrat négocié, délibéré, conclu par un mandataire, produit ses effets obligatoires dans la personne du mandataire contractant. Mais si, dans cette législation, on ne pouvait pas employer le ministère d'un *procurator* pour devenir, en vertu d'un contrat fait en notre nom, créancier ou débiteur, on pouvait beaucoup plus facilement cesser de l'être. La matière des actes libératoires nous offre une nouvelle limitation du principe de non-représentation.

Le paiement, acte libératoire non solennel, comporte l'intervention d'un mandataire pour le créancier, l'intervention même d'un gérant spontané d'affaires pour le débiteur. Il a été admis, dans l'intérêt du créancier, que l'opposition du débiteur ne saurait mettre obstacle à l'efficacité du paiement fait en son nom par un tiers (1). — Soit par paiement, soit par novation, soit par litiscontestation, un débiteur peut être libéré à son insu, contre son gré (2).

Le préteur a suivi ce mouvement favorable à la libération. Il a, relativement au *pactum de non petendo*, dérogé à la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Non seulement le *pactum de non petendo* profite aux coobligés que le débiteur pactisant a intérêt à affranchir de poursuite à cause d'un recours dont il serait lui-même menacé; mais encore un pacte de remise obtenu par un tiers, un *procurator* sans intérêt personnel, uniquement dans l'intérêt du débiteur, procure à ce dernier une exception de dol (3). — En d'autres termes, la libération *exceptionis ope* est favorisée, comme la libération *ipso jure* l'est elle-même quand l'absence de solennité le permet.

§ 5.

Nous avons circonscrit le champ d'application du principe de non-représentation. Éliminé des aliénations entre-vifs par tradi-

ment un mandataire. Le texte prouve, selon nous, que cette condition est nécessaire. *Si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero — quotidie credituri... ab alio poscamus ut nostro nomine... numeret.* D'ailleurs, comment concevoir qu'une personne puisse, en prêtant son argent en notre nom, nous rendre, à notre insu, créancier peut-être d'un insolvable et nous obliger envers elle à une restitution du capital? Les Romains attachent une telle importance à l'accord des volontés entre celui qui emprunte et celui qui deviendra créancier, qu'une erreur sur l'identité, erreur rendue possible par l'intervention d'un tiers qui réalise matériellement le prêt, est un obstacle à la formation du contrat. Celsus. f. 32. Dig. 12. 1. Voy. cependant M. Accarias. *Précis*, t. II, n° 587.

(1) Inst. Just. lib. 3. tit. 29. pr. *Sive sciente debitore, sive ignorante vel invito.* — (2) Pomponius. f. 23. Dig. *De solut.* 46. 3. — (3) Paulus. f. 21. § 5. Dig. *De pactis.* 2. 14. Ulpianus. f. 10. § 2. Paul. f. 25. § 2. Ulp. f. 26. Dig. *Eod. tit.* L'exception de dol laisse au juge plus de latitude que l'exception de pacte.

tion, du *mutuum*, des modes non solennels d'extinction des obligations, il reste en vigueur pour la formation des contrats autres que le *mutuum* et pour les conséquences des procès, qui sont aussi des contrats.

Les préteurs, acceptant le principe ainsi restreint pour point de départ d'une prudente innovation, se sont efforcés d'en corriger les inconvénients pratiques.

Quand un fils, ou un esclave, est préposé par son chef de famille à une expédition maritime, ou à une entreprise terrestre, il est fâcheux que le père de famille, qui aura le gain total du négoce entrepris par ses ordres, ne soit pas tenu envers les tiers des obligations contractées à ce sujet. En donnant action aux tiers contre le père de famille préposant, plus solvable évidemment que son fils ou son esclave, on augmente le crédit du préposé, on imprime à l'entreprise un essor favorable à sa prospérité. Le préteur a autorisé les tiers à exercer, *utilitatis causa*, les actions nées des contrats faits par le préposé, contre le préposant dont ils ont suivi la foi (*actio exercitoria, actio institoria*) (1).

Cette innovation rétablit dans les contrats synallagmatiques une harmonie logique, sinon nécessaire. Le préposé, fils de famille ou esclave de l'*exercitor*, forme un contrat de cette nature. Il fait naitre des créances et des dettes corrélatives. D'après les principes du droit civil, les créances passaient au chef de famille; les dettes restaient à la charge du contractant *alieni juris*, peu susceptible de poursuite efficace, s'il s'agit d'un fils de famille; à l'abri de toute poursuite directe, s'il s'agit d'un esclave. Cette séparation des effets du contrat était incomplètement corrigée par des fidéjussions, très usitées d'ailleurs et que les tiers créanciers exigeaient.

Reconnaissons que le père de famille qui exerçait son action, était sans doute tenu de compenser avec sa créance la dette corrélative née du même contrat. Néanmoins, selon les règles du droit civil, le tiers, créancier et débiteur en vertu d'un contrat bilatéral, était à la discrétion du père de famille; il ne pouvait se prévaloir de sa créance, que s'il était attaqué comme débiteur. Le contrat s'exécutait ou ne s'exécutait pas au gré du chef de famille du contractant *alieni juris*. Inconvénient grave auquel l'innovation prétorienne a porté remède.

Lorsque le préposé est un homme libre, c'est-à-dire placé hors de la puissance du préposant, le préteur a eu un double problème à résoudre. — Les tiers auront-ils action contre le préposant? Oui, ainsi que dans le cas précédent. — Le préposant aura-t-il action contre les tiers? Pour l'avoir, il faut qu'il reçoive du préteur, sous forme d'action utile, l'action du contrat fait par le

(1) Gaius. com IV. § 71.

préposé étranger à sa puissance. Chose notable : le préteur, qui accorde dans tous les cas aux tiers faculté d'agir contre le préposant, n'admet pas la réciproque sans condition. Il n'accorde au préposant action contre les tiers, en écartant la personne du préposé, que s'il est en danger de perdre; par exemple, si le préposé est insolvable (1).

Pourquoi? plusieurs motifs peuvent être donnés. — Le préposant a organisé l'entreprise, choisi le préposé, il a fait sa condition, beaucoup plus librement que les tiers. Il ne mérite pas autant que ceux-ci d'être secouru. — Le préposant n'a pas suivi la foi de tiers qu'il ne connaît pas, comme les tiers ont suivi la foi du préposant qui a publié son nom et son intérêt dans l'affaire. — Chaque tiers, en agissant, n'a à se préoccuper que du contrat qu'il négocie. Le préposant a un compte général à recevoir du préposé avec balance entre les déboursés et les recettes; il ne doit pas aisément être autorisé à détacher à son profit un élément actif de ce compte. Cela pourrait compromettre les intérêts du préposé qui a fait des avances.

Revenant aux contrats synallagmatiques, on peut s'étonner de voir le préteur désassocier ainsi la créance et la dette qui en résultent, et reproduire cette situation, que nous avons critiquée, d'un contractant à la merci de l'autre; mais il convient d'observer que maintenant, quand le préposé est un homme libre, c'est le tiers qui tient à sa discrétion le mandant, tandis que, d'après le droit civil, au cas où le préposé était une personne en puissance, c'était le tiers qui était à la discrétion du chef de famille. D'après le droit prétorien, le tiers peut attaquer l'*exercitor* qui, défendeur, invoquera par voie de compensation les effets synallagmatiques du contrat; il n'a pas à redouter d'attaque de la part du préposant qui a choisi un préposé *sui juris* ou indépendant de sa puissance. Répétons-le : le préposant a fait son sort.

Les prudents ont donné à l'innovation prétorienne une notable extension. L'action *institoria,* introduite en vue des entreprises comportant une série d'opérations destinées à se fondre dans un gain total, a été étendue à tous actes accomplis par des mandataires, à des actes isolés. Papinien semble avoir eu l'initiative de ce développement logique de la théorie nouvelle; et ce nom en fixe l'époque (2).

Nous voyons dans un texte d'Ulpien, où l'autorité de Papinien est invoquée, l'action *quasi institoria* appliquée à une vente. Le mandataire a joué le rôle de vendeur; il a fourni la *cautio de*

(1) ULP. f. 1. *In fine.* GAIUS. f. 2. DIG. *De inst. act.* 14. 3. — ULP. f. 1. § 18. DIG. *De exerc. act.* 14. 1. — PAUL. f. 5. DIG. *De stip. prœt.* 46. 5. — (2) PAPIN. f. 19. pr DIG. *De inst. act.* 14. 3.-f. 10. § 5. DIG. *Mandati.* 17. 1.-f. 66. § 3. DIG. *De evict.* 21. 2.

*evictione*. Le tiers acheteur peut, en cas d'éviction, intenter, *utilitatis causa*, l'action *empti* ou la *condictio* contre le mandant, et le mandant peut intenter, par exemple pour le payement du prix, contre le tiers acheteur, l'*actio venditi*, également sous forme d'*actio quasi institoria* (1).

Il paraît résulter de ce texte que l'*actio quasi institoria*, à la différence de l'*actio institoria* son prototype, est accordée aussi aisément au mandant contre le tiers qu'au tiers contre le mandant. — Cela est sans doute motivé par la considération suivante : Le préposé chargé d'une série d'opérations, dont les résultats heureux ou malheureux se compensent, a intérêt à ce que le mandant ne puisse pas, en agissant à l'occasion d'une affaire contre un tiers débiteur, lui enlever un article de recette. L'action d'un tiers créancier contre le préposant ne lui nuit pas; elle lui épargne seulement une occasion de déboursé. — Le mandataire chargé d'opérer un acte isolé, par exemple une vente, n'a pas le même intérêt à empêcher le mandant d'agir contre le tiers, de même que le tiers a faculté d'agir contre le mandant. — Ajoutons, mais avec beaucoup moins de force, que si le mandat est tout à fait spécial et désigne la personne à qui la vente sera consentie, le mandant suit la foi de ce tiers qu'il désigne, de même que le tiers suit la foi du mandant.

Nous avons attribué à l'influence de Papinien l'admission de l'action *quasi institoria*. On oppose un texte où le grand jurisconsulte semble méconnaître cette extension de la théorie prétorienne (2). — Un mandataire a acheté et a pris possession. La possession a été immédiatement acquise au mandant. La revendication d'un tiers prouve que le vendeur n'était pas propriétaire et consomme l'éviction. Le mandant du *procurator* acheteur peut-il agir en garantie contre le vendeur par action *empti* ou *ex stipulatu ad exemplum institoriæ actionis?* Non, nous dit le texte. Le mandant est réduit à agir en reddition de compte par action *mandati* et à se faire céder, par le mandataire, les actions nées en la personne de ce dernier par la vertu du contrat qu'il a fait; c'est-à-dire qu'on procédera conformément aux principes du droit civil, absolument comme si l'innovation prétorienne n'existait pas.

Voici, selon nous, l'explication la plus probable de cette apparente opposition. En général, une action utile ne se délivre qu'après examen (3). Il en est ainsi de l'action accordée au mandant du fait de son *procurator*. Le préteur, nous l'avons dit, ne renverse pas le principe du droit civil; il ne pose pas en règle que l'acte du mandataire est à ses yeux réputé l'acte du mandant. Il se borne à promettre de transporter s'il y a lieu, *utilitatis*

(1) ULP. f. 13. § 25. DIG. 19. 1. *De act. empti et venditi*. — (2) PAP. f. 49. § 2. DIG. *De acq. vel amit. poss.* 41. 2. — (3) *Frag. Vatic.* § 331. PAPIN.

*causa,* au mandant, l'action née dans la personne du mandataire. Mais avant d'opérer ce déplacement d'action au profit du mandant, il examine les circonstances, notamment l'intérêt du mandataire.

Arrivons à la conciliation des textes. Les lois mises en opposition se réfèrent à des hypothèses différentes. Dans l'une, le mandataire a vendu (1); dans l'autre, il a acheté (2). — Le mandataire qui a vendu et livré une chose mise à sa disposition par le mandant, n'a, en général, aucun intérêt avouable à empêcher le mandant de toucher le prix des mains de l'acheteur. L'*actio venditi* est accordée sans hésitation au mandant. — Le mandataire qui a acheté peut avoir payé le prix *de suo* (3). C'est sans doute pour cela que, comme le suppose le jurisconsulte, le *procurator,* après l'éviction, s'oppose à la délivrance de l'action en garantie que le mandant sollicitait contre le tiers vendeur. Quelle action le mandant voulait-il obtenir? l'*actio quasi institoria.* Après examen, le magistrat trouve fondée l'opposition du mandataire, et il dit au mandant : Réglez d'abord votre compte avec votre mandataire; désintéressez-le; et il sera tenu de vous céder les actions du contrat, qui sont entre ses mains comme un gage de ses déboursés.

S'il apparaissait que le mandant eût fourni l'argent employé au payement du prix et ne dût aucune indemnité au mandataire, le magistrat n'hésiterait pas à délivrer au mandant la formule de l'*actio empti* sous forme d'action *adjectitiæ qualitatis* (4).

Nous apercevons là le trait caractéristique de la théorie du préteur en cette matière, la différence entre le dernier état de la jurisprudence romaine et notre règle moderne de la représentation. Le magistrat puise dans la combinaison de l'ancien principe, qui subsiste, et de la réforme, dont il gouverne équitablement les effets, le moyen de protéger le mandataire qui ne doit pas rendre service à ses dépens. — Notre législateur se porte tout d'abord à l'extrême opposé : le mandataire représente le mandant. Le mandataire devient étranger à l'acte qu'il a fait; cet acte est propre au mandant qui l'a ordonné ou qui le ratifie. Il applique le même principe à la commission dans les rapports du commissionnaire et du commettant. Puis il s'aperçoit que l'intérêt du commissionnaire peut être en souffrance à raison de ses déboursés. Il tâche de remédier aux inconvénients du principe qu'il a posé en accordant au commissionnaire chargé de vendre un privilège sur les marchandises qui lui sont expédiées; la jurisprudence étend ce privilège au commissionnaire chargé d'acheter, encore nanti des choses dont il a négocié l'achat, et

(1) Ulp. f. 13. § 25. Dig. 19. 1. — (2) Pap. f. 49. § 2. Dig. 41. 2. — (3) Pap. f. 3. § 1. Dig. *Qui potiores.* 20. 4. — (4) Papin. fr. 68. Dig. *De proc.* 3. 3.

pour le cas où le commissionnaire ne possède plus, elle atteint le même but équitable en subrogeant le commissionnaire-acheteur au privilége du vendeur qu'il a payé (1). Il est curieux de voir le préteur romain et notre législateur, préoccupés du même intérêt de justice, y donner satisfaction par des procédés différents.

Il est certain que lorsque l'action du contrat est délivrée, *utilitatis causa,* au préposant ou au mandant contre les tiers, l'action du préposé ou du mandataire est paralysée. Le choix entre l'une ou l'autre manière d'agir, directe ou utile, appartient au magistrat. En est-il de même des actions directes et utiles ouvertes au profit des tiers contre le préposé et le préposant?

Nous devons examiner séparément le système de l'*actio institoria* et le système de l'*actio quasi institoria.*

En vertu du droit classique, celui qui a traité avec un *institor* a deux actions, l'une contre l'*institor* selon le droit civil, l'autre contre le préposant selon le droit prétorien : il a le libre choix entre elles; mais la litiscontestation engagée sur l'une consomme l'autre (2). Sous Justinien, nous le croyons du moins, le tiers a la faculté d'agir successivement contre l'*institor* et le préposant jusqu'à parfait paiement de la dette. Il a, en quelque sorte, deux *correi promittendi* (3). — Cela est favorable au succès des négociations.

De l'*institor,* passons au *quasi-institor,* au mandataire pur. Le mandat est limité; il n'est pas adressé au public pour provoquer sa confiance au sujet d'une foule d'opérations. — Papinien paraît avoir émis la pensée que, toutes les fois que le mandat était certain, et que le tiers était dans le cas d'obtenir action contre le mandant, le mandataire devait être dégagé, relevé de son obligation (4). Il est douteux que cette opinion raisonnable ait prévalu (5). — Seul, le protecteur d'un incapable, le tuteur par exemple, a pu certainement, au plus tard après la reddition de ses comptes, arrêter par une exception les actions que les tiers voudraient intenter contre lui, au lieu d'agir contre le pupille pour qui les actes ont été accomplis (6).

La théorie prétorienne a, au point de vue de la capacité, des conséquences à peu près semblables à celles du principe de la représentation.

---

(1) Art. 94. 95. C. com. — Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit com.* nos 804 et suiv. DE COUDER. *Dict. de droit comm.* V° Commissionnaire, n° 159. — (2) ULP. fr. 1. § 17. § 24. DIG. *De ex. act.* 14. 1. — (3) Arg. JUST. l. 28. C. *De fidej.* 8. 41. Arg. ULP. f. 32. pr. DIG. *De peculio.* 15. 1; texte sans doute interpolé. — (4) Arg. *e contrario. Fr.-Vatic.* § 328 et 332. PAPIN. — (5) PAP. f. 67. DIG. *De proc.* 3. 3; texte interpolé. MARC. f. 32. § 3. DIG. *De usuris.* 22. 1. Texte sans doute interpolé. LABBÉ. De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, p. 25. — (6) PAPIN. f. 5. pr.-f. 6.-SCÆVOLA. f. 7. DIG. *Quando ex facto tutoris.* 26. 9.

L'incapacité du préposé ou mandataire n'empêche pas le tiers d'avoir action utile contre l'*exercitor* ou mandant; cette action sera modelée sur celle qui, d'après la nature du contrat, serait donnée contre le mandataire, si celui-ci était capable (1). — La capacité du mandant est nécessaire pour qu'il soit obligé envers le tiers (2). — En résumé, en ce qui concerne l'action *institoria,* ou *quasi institoria,* c'est la capacité du mandant qui est à rechercher; l'incapacité du mandataire est indifférente.

Nous avons mis une restriction à la similitude indiquée entre le système prétorien et la représentation moderne. De nos jours le mandataire qui a donné connaissance de son mandat, n'est en aucun cas obligé. En droit romain, le mandataire capable est toujours au moins obligé en vertu du contrat qu'il a fait, quelle que soit l'incapacité du mandant (3).

Le principe romain, d'après lequel les actes produisent leurs effets dans la personne des parties qui y figurent, lors même qu'ils sont faits pour compte d'autrui, s'applique aux procès comme aux contrats. Au surplus, aux yeux des Romains, le procès est un contrat (4).

Le système formulaire comporte l'intervention d'une personne plaidant sur le droit d'autrui, pour le compte d'autrui. Mais cette personne, qu'elle soit un *cognitor,* ou un *procurator* est vraiment partie au procès; c'est elle qui devient créancière ou débitrice de l'obligation qu'engendre la litiscontestation; c'est à son profit ou contre elle que la condamnation sera prononcée.

On emploie souvent l'expression « représentants judiciaires » pour désigner les *cognitores* et les *procuratores*. L'expression serait une source d'erreurs si l'on en concluait que, dans les instances, une personne agissant *alieno nomine* représente la personne pour le compte de laquelle elle plaide, dans le sens absolu et moderne du mot. Cela n'est pas exact, pas même à l'égard des *cognitores*.

L'opinion contraire a été conçue et émise relativement aux *cognitores*. Il faut avouer que des textes prêtaient à illusion. Un paragraphe des fragments du Vatican nous enseigne que lorsqu'un *cognitor* est intervenu dans un procès, l'exécution forcée de la condamnation est dirigée par ou contre le mandant qui s'est substitué le *cognitor* (5). — Une étude plus attentive des textes a démontré que, même pour le *cognitor* solennellement institué, les Romains ne se sont pas écartés de leur principe exclusif de la représentation.

---

(1) Ulp. f. 1. § 4. Dig. *De exer. act.* 14. 1.-f. 7. § 1. § 2. Dig. *De inst. act.* 14. 3. *Sibi imputare debet qui præposuit.* Art. 1990. C. civ. — (2) Ulp. f. 9. Dig. *De inst. act.* 14. 3.-f. 1. § 16. Dig. 14. 1. — (3) Paul. f. 5. § 1. Dig. *De exerc. act.* 14. 1. Art. 1997. C. civ. — (4) Ulp. f. 3. § 11. Dig. *De peculio.* 15. 1. *Sicut stipulatione, ita judicio contrahi.* — (5) *Fr.-Vatic.* § 317.

En effet, Gaius, après avoir énuméré les personnes qui plaident *alieno nomine* et avoir compris indifféremment sous cette expression les *cognitores*, les *procuratores*, les tuteurs ou curateurs, nous indique comment, en pareille circonstance, la formule est rédigée. Dans l'*intentio* est nommé celui dont le droit, ou celui dont la dette est mise en question; dans la *condemnatio* est désigné celui qui plaide, qui figure au procès. Le même procédé est observé à l'égard de tous ceux qui agissent *alieno nomine*, qu'ils aient été institués avec ou sans solennité (1).

Le paragraphe même des Fragments du Vatican aurait pu prévenir la méprise à laquelle il a donné lieu. Il décide, en effet, que l'*actio judicati* sera donnée au *dominus* ou contre le *dominus*, à moins que le *cognitor* n'ait été institué *in rem suam*. Il peut donc exister un *cognitor in rem suam* aussi bien qu'un *procurator in rem suam*. Dans ce cas, évidemment le *cognitor* est sujet actif ou passif de la condamnation prononcée. Or, est-ce que la formule était rédigée différemment selon que le *cognitor* était ou non personnellement intéressé dans l'affaire? Non; car il n'y avait pas deux espèces de *cognitores*, deux modes d'institution des *cognitores*. C'est la pratique ou la coutume qui avait imaginé après coup de faire servir la *cognitura*, sans changer ses conditions solennelles d'existence, au transport des droits ou des obligations. — En d'autres termes, la *cognitura in rem cognitoris*, de même que la *procuratio in rem procuratoris*, était un expédient et non pas une institution. L'expédient avait pu être inventé, utilisé, parce que, dans tous les cas, la *condemnatio* était rédigée au nom du *cognitor*, de même qu'au nom du *procurator*.

Cependant les textes, notamment le § 317 des Fr. du Vatic., établissent une différence tranchée, une sorte d'opposition, au point de vue de l'exécution forcée, entre les *cognitores* et les *procuratores : cognitore interveniente, actio judicati domino vel in dominum datur... Interveniente procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit*. Comment l'expliquer?

Les préteurs ont accompli, dans la matière des procès, une réforme analogue à celle qui regarde les contrats. Ils prennent comme point de départ la règle du droit civil. L'effet du procès ou du contrat se produit dans la personne du mandataire ou du *procurator* qui y a figuré; mais le préteur promet de transporter l'effet actif ou passif de la condamnation, *utilitatis causa*, après examen, suivant les circonstances, de la personne du mandataire dans la personne du mandant. — S'agit-il d'un *cognitor?* le mandat est certain, il est connu de l'adverse partie. Le préteur n'hésite pas à faire profiter ou souffrir le *dominus* de l'exécution forcée de la condamnation. Encore se réserve-t-il d'examiner si

(1) Gaius. Com. 4. § 82. § 86.

le *cognitor* a été institué *in rem suam*. — S'agit-il d'un *procurator?* Les rapports entre le *procurator* et le *dominus* peuvent être douteux et incertains, *in obscuro* (1). Le *procurator* a-t-il reçu mandat? Le maître a-t-il ratifié? Ce sera l'objet d'un examen devant le magistrat appelé à régler l'exécution forcée de la sentence. Si le *procurator* a été institué par le *dominus* présent, c'est-à-dire en face de l'adversaire, devant le magistrat qui en a fait dresser acte, ou si le *dominus* absent a envoyé une lettre missive à l'adversaire lui désignant le *procurator* qu'il se substitue, promettant de ratifier les actes de son *procurator*, et que la vérité de cette lettre soit reconnue, le magistrat procédera comme en matière de *cognitura;* il délivrera au *dominus*, ou contre lui, l'action utile *judicati* relative aux difficultés que l'exécution suscitera (2); sinon, il la délivrera au *procurator* ou contre lui.

Nous avons agité, à propos des contrats, la question de savoir si, lorsque le tiers a faculté d'agir contre le *dominus* dont il a suivi la foi, le *procurator* est fondé à repousser par une exception l'action que le tiers voudrait exercer contre lui. — Comment résoudre la même question à l'égard des procès?

Les textes nous présentent, en général, l'alternative entre la poursuite en exécution par ou contre le *dominus* et la poursuite par ou contre le *procurator*, comme étant résolue par le magistrat, selon les circonstances, et non par les parties, à leur gré.

Au point de vue actif, le *procurator* pourra s'opposer à ce que la poursuite en exécution soit dirigée par le *dominus*, s'il a été institué *in rem suam*, ou s'il a fait des avances non encore remboursées (3).

Au point de vue passif, nous trouvons la même décision. Le magistrat ne laisse pas à la partie bénéficiaire de la condamnation le choix entre le *procurator* ou le *dominus*. Le magistrat examine et décide; il accorde action *judicati* contre l'un, et refuse action contre l'autre.

Pourquoi cette différence entre les procès et les contrats où le choix paraît avoir été laissé au tiers entre ses débiteurs, celui avec lequel il a contracté, celui dont il a suivi la foi? Nous croyons que le motif est que, dans les procès, l'insolvabilité n'est pas à craindre, puisque, toutes les fois qu'un *cognitor* ou *procurator* intervient, une *satisdatio judicatum solvi* est fournie. Il en est autrement dans les contrats; en l'absence de fidéjusseurs, il est fort important pour le créancier, au cas où le *dominus* serait insolvable, de pouvoir attaquer le *procurator*, de choisir enfin le plus solvable de ses débiteurs.

---

(1) Gaius. Com. 4. § 84. — (2) Papin. § 331. *Frag. Vatic.* Modest. f. 65. Dig. *De proc.* 3. 3. — (3) Papin. fr. 68. Dig. *De procur.* 3. 3. Ulp. f. 28. Dig. *Eod.* Paul. fr. 30. Dig. *Eod.*

Nous avons exposé le système de la législation romaine en combinant les règles du droit civil avec les tempéraments prétoriens. Il en résulte que, à part quelques hypothèses exceptionnelles (1), les Romains n'ont jamais admis le principe de la représentation parfaite d'une personne par une autre; que si le préteur a corrigé les inconvénients de la règle contraire du droit civil, s'il a essayé de faire rejaillir sur le mandant les conséquences des actes du mandataire, il s'est bien gardé de rendre le mandataire étranger aux suites d'une opération qu'il a conduite parfois à ses dépens. Le mandataire peut, afin d'être indemne, retenir en sa personne les effets produits par son acte. D'un autre côté, le mandataire n'échappe aux obligations qu'il a contractées, que si le mandant est en état de satisfaire les tiers créanciers.

J. E. L.

---

## APPENDICE X. (n° 1619.)

### DES CONTRATS ET DES PACTES NUS.

Le législateur peut et doit prévoir, définir, limiter les démembrements dont la propriété est susceptible pour l'utilité de l'homme. L'intérêt de la société, qui prospère ou qui souffre selon l'état, la liberté d'exploitation et la circulation de la propriété, l'exige.

Le législateur, au contraire, ne saurait à l'avance prévoir et définir toutes les conventions obligatoires que les hommes peuvent former entre eux dans un intérêt sérieux et honnête. Il ne doit donc procéder en cette matière que par des règles générales; il doit se borner à tracer les limites de la liberté.

C'est ce qu'a compris et réalisé le Code civil par cette disposition : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont « faites. Elles sont obligatoires pourvu qu'elles aient un objet et « une cause licites. » Art. 6. 1134. 1131. Cod. civ.

---

(1) Nous citerons quelques exemples des ces exceptions qui ont été en augmentant de nombre vers l'époque du Bas-Empire. — Nous l'avons déjà dit, quand un mandataire même général négocie, conclut, réalise avec des deniers dont il est propriétaire un *mutuum* au nom du mandant, la créance naît dans la personne du mandant, et les choses se passent comme dans le droit moderne. Ulp. f. 9. § 8. Dig. *De rebus creditis*. 12. 1. Paul. f. 126. § 2. Dig. *De verb. oblig*. 45. 1. Justinien a voulu que l'hypothèque consentie pour sûreté du prêt suivît le sort de l'obligation principale. Le mandant devient créancier; il profite directement de la constitution d'hypothèque. Just. l. 2. *C. per quas pers*. 4. 27.

Les empereurs Théodose II et Valentinien III ont décidé que pour un pupille *infans* auquel une hérédité est échue, l'adition faite par son père de famille ou son tuteur rendrait le pupille héritier. Theod. et Valent. l. 18. C. 6. 30. *De jure delib*.

Comment ce problème avait-il été résolu par le droit romain?

Nous trouvons en droit romain une règle diamétralement opposée : En principe, une convention pure et simple formée par l'accord de volontés intelligentes, même ayant un but licite, n'est pas juridiquement obligatoire; elle n'est pas sanctionnée par une action en justice. *Ex pacto actio non oritur* (1).

Quelle est la signification de cette maxime étrange? Quelles exceptions a-t-elle reçues?

Le législateur romain (au début, c'est la coutume; presque tout le *jus civile* a découlé de cette source) se défie de la volonté pure, de ce fait métaphysique, interne, qui peut se traduire au dehors de mille façons diverses, plus ou moins incertaines ou trompeuses. Cette défiance ne cesse que devant des garanties extérieures de précision, de netteté. La volonté n'a la force d'engendrer un droit et une action que lorsqu'elle est manifestée dans une forme consacrée par l'usage. Le droit commence toujours par être formaliste.

La coutume a d'abord réglementé, sanctionné quelques formes d'actes répondant à des intérêts déterminés, aux besoins les plus impérieux d'une société naissante. Nous nous plaçons après l'invention de la monnaie, l'un des premiers instruments de la civilisation.

Nous voyons apparaître deux actes d'une importance extrême : la vente au comptant, le prêt d'argent; tous deux solennels, tous deux assujettis à un rituel minutieux, tous deux accomplis devant un *libripens* et des témoins. La religion et la cité sont associées à l'acte du particulier.

Nous n'insisterons pas sur la vente au comptant, *venumdatio* ou *mancipatio*, qui se rattache plus à la matière de l'aliénation qu'à celle des obligations.

Le prêt d'argent se réalise aussi *per æs et libram* (2). Il crée un lien, *nexum*; il astreint rigoureusement un débiteur. L'époque du remboursement est fixée par des paroles solennelles, par une *nuncupatio* (3). Le prêt d'argent suppose déjà, dans la société, l'inégalité des fortunes.

Nous entrons dans une voie de simplification. Les Romains tenaient religieusement le registre de leurs affaires, surtout des mouvements de leurs fonds en numéraire, *accepti et expensi*. Les écritures de ces registres inspiraient grande confiance. La mention sur le registre du créancier, faite du consentement du débiteur, d'un *nexum* solennellement accompli, d'une *pecunia nuncupata*, fit naître l'obligation, donna naissance à l'action, sans que l'on vérifiât la réalité du *nexum* énoncé. Le recours au *libripens*,

(1) Ulp. f. 7. § 5. *In fine*. Dig. *De pactis*. 2. 14. Paul. *Sent.* Lib. 2. tit. 14. § 1. — (2) M. Giraud. *De nexis*. *Revue de leg. et de jurispr.*, t. XXVIII, p. 173. — (3) Pomp. Festus. *De verb. signif.* v° *Pecunia nuncupata*.

à l'*æs* et à la *libra*, dut par suite, en fait, être négligé. Un acte purement privé créa un droit de créance. C'est l'*expensilatio* ou le *nomen transcriptitium* (1). La foi dans l'écriture du créancier révèle un état de société où l'inégalité des fortunes correspondait à une inégalité sociale et politique.

Puis, par un progrès qui était, non un abandon, mais un perfectionnement du formalisme, a été adoptée une forme de contrat, dérivée sans doute de la *nuncupatio*, réduite peu à peu à la nécessité d'une interrogation et d'une réponse verbales, conformes entre elles. C'est la stipulation. Les parties sont présentes; après des pourparlers qui se croisent, se rétractent, s'expriment en des termes quelconques, avec une liberté entière, l'accord se fait; l'attention est alors vivement provoquée par la solennité des paroles qui vont être prononcées et qui vont nouer le contrat, river les obligations.

De ces deux branches sorties du *nexum*, l'*expensilatio*, la *stipulatio*, la première s'est atrophiée; la seconde a poussé des ramifications immenses. Dans les *nomina*, le sort du débiteur est principalement déterminé par l'acte du créancier; *in nominibus alius expensum ferendo obligat; alius obligatur*. Dans la *stipulatio*, l'obligation résulte de la conformité de la parole du débiteur avec celle du créancier; *in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittit*. Le triomphe de la *stipulatio* sur le contrat littéral est un progrès vers l'équité (2).

La forme de la stipulation a été assouplie à des applications très-diverses. Elle a pu recevoir la modalité d'une condition suspensive; modification arbitraire demeurée impossible dans l'*expensilatio* (3).

Arrivés à ce point, si nous voulons mettre le principe du droit romain en regard du principe moderne ci-dessus rappelé, et mesurer la distance qui les sépare, nous dirons : En droit romain, toute convention honnête n'est pas civilement obligatoire; mais toute convention honnête peut être rendue juridiquement obligatoire et munie d'une action; il faut et il suffit pour cela que la volonté commune des parties soit revêtue des formes de la stipulation. *Omnibus pactis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit* (4)

La stipulation, à côté de garanties sérieuses, présentait des inconvénients.

La nécessité de la rencontre et de la présence des parties dans un même lieu afin de pouvoir se parler et s'entendre, était parfois gênante. La stipulation, contrat essentiellement unilatéral, isolait dans des contrats distincts des obligations nées d'une opération à titre onéreux et unies, dans l'intention des parties, par une réci-

(1) GAIUS. *Com.* 3. §§ 128 et suiv. *Fr. Vatic.* § 329. — (2) GAIUS. *Com.* 3. § 137. — (3) *Fr.-Vatic.* § 329. — (4) PAUL *Sent.* lib. 2, tit. 22. § 2.

procité nécessaire. Elle rompait l'unité qui avait présidé à la conception d'obligations destinées à se balancer, à se compenser l'une l'autre (1).

D'un autre côté, dans les opérations les plus fréquentes, la confiance naturelle des hommes entre eux fit sans doute négliger l'accomplissement des formalités. Il en résulta quelques manques de foi qui firent scandale.

Le droit civil reconnut l'avantage qu'il y aurait à soustraire au formalisme et à sanctionner, indépendamment de toute solennité, certaines conventions fréquentes, usuelles, donnant satisfaction à des intérêts considérables dans le commerce des hommes. Des actions en justice furent introduites pour la sanction de conventions ayant un but spécial.

Les premiers contrats sanctionnés, quoique dépourvus de solennité, furent sans doute les contrats réels nommés.

Le *mutuum :* une somme d'argent, une quantité de choses d'un certain genre a été prêtée, donnée à charge de restitution. Il n'y a eu ni *nexum per æs et libram,* ni stipulation. La propriété des choses prêtées a été transférée par une simple tradition. Est-ce que l'emprunteur échappera à la nécessité du remboursement? non. La justice sociale ne saurait rester indifférente devant une aussi révoltante mauvaise foi.

Une chose a été remise en dépôt ou en gage. Les parties n'ont pas accompli la mancipation avec contrat de fiducie. Il n'importe, des actions seront données pour forcer à la restitution et même pour le compte des dépenses conservatoires qui peuvent avoir été faites sur la chose (2).

Le fait d'avoir reçu à charge de restitution devient une cause suffisante de l'obligation civile de rendre, indépendamment de toute formalité.

Jusqu'à présent, la volonté n'a pas été affranchie de toute con-

---

(1) PAUL. f. 71. DIG. 17. 2. *Pro socio*. ULP. f. 72. pr. f. 75. § 7 PAUL. f. 83. pr. DIG. *De verb. oblig*. 45. 1. Ces lois énoncent des promesses *fundum tradi, insulam fabricari* qui évidemment découlent de conventions à titre onéreux Elles ne font aucune allusion à l'obligation réciproque. La réciprocité a disparu par l'emploi de la stipulation. Nous n'allons pas jusqu'à soutenir que les conséquences équitables de la réciprocité convenue ne pouvaient pas reparaître au moyen d'une exception ou d'une *condictio sine causa;* mais cela est subordonné à l'administration d'une preuve extrinsèque au contrat. — (2) Le progrès du droit a peut-être été celui-ci : Mancipation avec contrat de fiducie, tel a été le procédé primitif. — Une personne, par une confiance imprudente, a remis une chose à charge qu'elle lui serait rendue. Elle n'a pas observé les formes du droit civil; elle n'a pas d'action contractuelle. La revendication suppose un droit de propriété dont le déposant peut ne pas être investi. Le magistrat, par l'action *de dolo,* réprime, comme un délit, l'infidélité du dépositaire. — Puis le fait de la remise d'une chose restituable a été érigé en une cause d'obligations civiles. La convention est devenue contrat, contrat propre à engendrer des obligations réciproques. M. DESJARDINS : Les deux formules des actions *depositi et commodati*. *Revue hist.* 1867.

dition extérieure. Seule elle n'a pas encore été rendue productrice d'obligation parfaite. L'utilité majeure de certaines conventions a fait enfin admettre un nombre restreint de contrats consensuels, singulière expression, pléonasme choquant au premier abord, contrats qui sont constitués et munis d'actions par la vertu d'un simple accord de volontés, non-seulement sans forme solennelle, mais encore sans condition matérielle accessoire : la vente, le louage, la société, le mandat.

Ne nous laissons pas abuser par la classification des Instituts : *Quatuor sunt species obligationum quæ ex contractu nascuntur ; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu.* Il n'y a aucune ressemblance de nature entre le contrat verbal et le contrat réel ou consensuel. Le contrat verbal est une manière de contracter qui peut s'adapter à toute sorte de conventions. Les contrats, réels ou consensuels, sont des contrats répondant à des buts déterminés, donnant satisfaction à des intérêts spéciaux, dans lesquels l'affranchissement de toute forme est subordonné à la condition de ne pas s'écarter du but exceptionnellement favorable qui a motivé la dérogation au principe du formalisme.

Ces progrès se sont accomplis sous la République, sans qu'on puisse en préciser la date. D'autres ont été accomplis sous l'Empire.

La nécessité de formes solennelles expose à un manque de foi ceux qui ont eu l'imprudence de se dispenser de leur accomplissement. En dehors des hypothèses étroitement circonscrites des contrats réels ou consensuels, la protection de la justice sociale leur était refusée. Ce manque de foi était surtout grave et propre à faire scandale, lorsqu'une partie avait reçu une prestation, avait été enrichie à charge d'une restitution convenue, laquelle ne s'exécutait pas. Il est à croire que des faits de ce genre ont ému l'opinion publique et provoqué un changement de jurisprudence. Cette considération avait déterminé à consacrer, au moyen d'actions spéciales, certains contrats réels accomplis sans solennités par la simple remise d'une chose destinée à être restituée. Elle a suggéré aux Proculéiens la pensée d'un système plus large. Lorsqu'en vertu d'une convention destinée à procurer aux parties des avantages réciproques, en dehors du cercle des contrats réels nommés, une partie a procuré à l'autre l'avantage convenu, soit par une dation, soit par un fait, tolérera-t-on que l'autre ne fournisse pas l'équivalent sur lequel la première a compté? Il est vrai que la partie trompée dans son attente peut répéter ce qu'elle a donné par la *condictio ob rem dati re non secuta.* Mais, d'une part, cette répétition n'est pas toujours possible, notamment après l'exécution d'un fait; d'autre part, ce pas en arrière, s'il répare le préjudice, déjoue les calculs de l'activité humaine, qui aspirait à une amélioration sur l'état antérieur. —

Il vaut mieux contraindre à l'exécution de ce qui a été convenu.

La théorie des Proculéiens, après avoir rencontré des adversaires tenaces, a prévalu. Une série de contrats réels nouveaux, série non limitée, contrats innomés, a été sanctionnée par l'action *præscriptis verbis*.

L'innovation est notable et marque un grand pas vers la liberté des conventions. Ce ne sont plus des conventions ayant un but déterminé, dont le législateur apprécie l'importance pratique, comme les contrats consensuels et les contrats réels nommés, qui sont sanctionnés. Le législateur ne se borne pas à adapter une action spéciale à un contrat défini dans son objet. Non, une action générale est ouverte pour l'exécution de toutes les conventions répondant à des types très larges, parvenues à un certain degré d'exécution : *Dedi ut dares, dedi ut faceres, feci ut faceres, feci ut dares. Dedi, feci; subest causa obligationis* (1).

Nous avons assisté au développement du droit civil. Nous avons vu se restreindre le nombre des conventions non sanctionnées, non érigées en contrat par le droit civil. Il en reste cependant; ce sont les conventions qui, en dehors de la définition des contrats consensuels, n'ont pas été revêtues des formes de la stipulation, qui n'ont pas donné lieu, de la part de l'une des parties, à la prestation d'un avantage au profit de l'autre, dans l'attente d'un avantage en retour.

La règle toujours subsistante *ne ex pacto actio nascatur* explique l'importance, en droit romain, d'une théorie dont les juristes modernes n'ont plus à s'occuper : la théorie des pactes adjoints. Les actions des contrats reconnus serviront-elles à l'exécution forcée de pactes ajoutés incontinent à ces contrats? Oui, si les actions sont régies par la bonne foi; *pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis; formant ipsam actionem* (2). — Oui encore, si nous en croyons Paul, dans la *condictio* née de la stipulation; *pacta incontinenti facta stipulationi inesse* (3). — Le *mutuum* lui-même ne demeure pas complètement étranger à cette jurisprudence extensive; un pacte y introduit valablement la solidarité; mais un pacte accessoire au *mutuum* ne saurait, en principe, rendre des intérêts exigibles. La stipulation est nécessaire; elle est une garantie pour le débiteur, dont la dette du capital emprunté peut être, par les intérêts, si lourdement aggravée (4).

Les parties jouissent donc d'une assez grande latitude pour adapter et approprier les contrats reconnus à leurs intentions infiniment variables. Mais une limite existe : le pacte adjoint ne

---

(1) PAUL. f. 5. pr. DIG. *De præscriptis verbis*. 19. 5. — (2) ULP. f. 7. § 5. DIG. *De pactis*. 2. 14. — (3) PAUL. f. 40. DIG. *De rebus creditis*. 12. 1. — (4) DIOCL. et M. l. 5. Cod. *Si certum pet.* 4. 2. — ULP. f. 5. § 2. DIG. *De solut.* 46. 3. Explic. des Inst. n^os 1580 et suiv.

saurait participer à la force juridique du contrat, que si, modifiant les effets naturels de ce contrat, il n'en contrarie pas le caractère, le but essentiel.

Le droit prétorien a, de son côté, introduit des actions pour sanctionner certains pactes, principalement des pactes relatifs à la solution des différends. L'expédition des affaires litigieuses est de la compétence particulière du préteur.

Une action est donnée pour l'exécution d'une transaction faite sous la condition du serment, quand le serment a été prêté. Chez un peuple religieux, il eût été grave de ne pas tenir pour vérité ce qui a été affirmé sous serment (1).

Une action est donnée contre l'arbitre choisi, qui a reçu et agréé la mission de trancher, par une sentence valant transaction, la contestation pendante entre des personnes qui se sont promis réciproquement des peines pour le cas où l'une d'elles violerait la sentence de l'arbitre. Le refus de l'arbitre ne doit pas enlever aux parties le bénéfice du compromis solennellement conclu (2).

L'innovation la plus remarquable du préteur, à ce point de vue, consiste dans l'*actio de constituta pecunia*.

Une obligation civile ou naturelle existe, découlant de faits antérieurs. Une personne, étrangère ou non jusqu'alors à la dette, convient avec le créancier de la payer. Elle règle les conditions, l'objet, l'époque du paiement. Il importe qu'un paiement convenu soit exécuté. Une convention de paiement inspire une attente qui ne doit pas être déçue. Le droit civil avait donné action contre l'*argentarius* qui avait promis solennellement de payer. La parole d'un *argentarius*, dépositaire des richesses de ses clients, avait en quelque sorte la valeur d'un chèque détaché d'un carnet délivré par un banquier. Le préteur voulut que la convention d'un paiement réglé et défini, émanée de qui que ce fût, entrât dans les négociations des hommes comme une valeur réelle. Il donna, pour en assurer l'exécution, une action imitée de la *condictio certi*, une action dans laquelle chaque partie pouvait provoquer l'autre à la promesse, en cas d'échec, d'une peine de la moitié de la somme litigieuse (3).

Le pacte de constitut est, en droit prétorien, ce que la stipulation est en droit civil, non pas une convention ayant un but et un objet déterminés, mais une convention pouvant servir à la conclusion de presque toutes les affaires entamées et pendantes.

La stipulation offre des garanties par ses formes. Comment lui assimiler le pacte de constitut, simple accord de volontés, susceptible de se former même *inter absentes*, avec toutes les incertitudes des divers moyens de correspondance? Le préteur a

(1) Gaius. f. 1. Paul. f. 2. Dig. *De jurejur.* 12. 2. — (2) Ulp. f. 3. §. 1. Ulp. f. 11. § 2. § 4. Dig. *De receptis.* 4. 8. — (3) Gaius. 4. §. 171. Dig 13. 5. *De const. pec.*

pensé sans doute que la perspective d'un paiement prochain, réglé et précisé dans tous ses éléments, exciterait vivement l'attention. Il ne s'agit plus d'entamer une affaire qui suggère des espérances dans un avenir plus ou moins éloigné; il s'agit de la terminer, de la liquider et d'en dégager une réalité précise. L'heure des résolutions sérieuses est arrivée.

Au Bas-Empire, la faveur qu'inspire le mariage a fait admettre qu'une convention, sans les formes de la stipulation, suffirait pour obliger civilement celui qui promet une dot au mari ou au futur mari (1).

Justinien a même étendu cette réforme à toutes les donations entre vifs. Mais pour les donations dont l'objet a une valeur de plus de cinq cents solides, l'insinuation est une solennité protectrice de la volonté du donateur. A l'égard de ces donations importantes, la formalité qui prévient les entraînements a été transformée plutôt que supprimée (2).

Le nombre des obligations sanctionnées s'est, avec le temps, considérablement augmenté, mais il est toujours resté limité. La règle *ex pacto actio non nascitur,* plus rarement applicable, n'est pas renversée. La volonté humaine n'a pas été complètement affranchie du formalisme. Il existe encore des conventions ayant un but honnête, qui, à défaut de l'accomplissement des formes de la stipulation, sont dépourvues de sanction.

Nous en citerons trois exemples.

1° La convention de prêter, autrement dit l'ouverture de crédit (3);

2° La convention d'échange ou de partage (4);

2° La transaction (5).

La stipulation est nécessaire pour que des obligations civiles existent avant la réalisation du prêt, avant que l'échange ou le partage ait été exécuté par l'une des parties.

Que ce soit une imperfection du droit romain, peut-être; mais il ne faut pas croire que ce soient des lacunes arbitraires, des oublis non motivés. On peut, sinon justifier, du moins comprendre la conduite du législateur romain dans l'octroi ou le refus des actions en justice. Le législateur romain a toujours voulu, pour diminuer le nombre des procès, subordonner la concession d'une action en justice à une utilité pratique démontrée ou à une mesure de prudence destinée à simplifier le procès.

---

(1) Théod. l. 6. Cod. *De dotis prom.* 5. 11. — (2) Just. l. 34. Cod. *De don.* 8 54. Il faut avouer que, relativement aux donations inférieures à cinq cents solides, la législation byzantine offre une singularité inexplicable. Une convention pure suffit pour rendre civilement débiteur d'une somme de quatre cents solides *donandi animo*, mais non pas *credendi animo*. Néanmoins, dans le premier cas, les captations sont plus à craindre. — (3) Pap. f. 1. pr. et § 1. Dig. *Qui potiores.* 20. 4. — (4) Hermog. f. 45. Dig. 2. 14. *De pactis.* — (5) Paul. f. 15. Dig. 2. 15. *De transact.*

En général, quand on convient d'un échange ou d'un partage, on a les biens qui en seront l'objet, à sa disposition. On peut exécuter, on exécute immédiatement la convention. Il est extraordinaire que l'on veuille, que l'on ait des raisons sérieuses de vouloir arrêter, dès aujourd'hui, les termes d'un échange ou d'un partage et d'en renvoyer l'exécution dans l'avenir. Si vous voulez agir ainsi, employez la stipulation.

La vente à crédit, la vente dont l'exécution est différée, répond à un intérêt majeur et fréquent; on veut s'assurer à l'avance les choses dont on aura besoin. Le vendeur n'a pas encore les denrées à fournir, l'acheteur n'a pas encore amassé le prix; la convention érigée en contrat donne une assurance juridique d'exécution ultérieure au fur et à mesure des besoins et des facultés. La vente à crédit méritait d'être facilitée et soustraite aux formes de la stipulation. — L'échange conclu en vue d'une exécution future, exécution retardée de part et d'autre par des délais, pour ainsi dire l'échange à crédit, n'offre pas le même intérêt, ne répond pas à une préoccupation fréquente et sérieuse, et a pu être laissé sous la nécessité d'une forme solennelle protectrice de la volonté.

Les parties qui transigent veulent prévenir ou terminer une contestation. Il est prudent d'exiger d'elles les précautions jugées nécessaires pour que la transaction elle-même n'engendre pas une difficulté nouvelle.

Quant à l'ouverture de crédit, elle suppose un développement d'industrie que les Romains n'ont sans doute pas connu. Rarement pratiquée, elle est restée, sans de graves inconvénients, sous le régime primitif de la stipulation.

Le droit moderne a rompu le cercle, il a émancipé la volonté humaine, supprimé la distinction des pactes et des contrats, accordé librement la sanction des voies judiciaires à la volonté des parties, poursuivant, par des combinaisons d'un caractère prévu ou imprévu, des buts honnêtes (1).

J. E. L.

---

(1) Pothier. *Oblig.* n° 9. — Sur ce sujet des aperçus analogues sont émis par M. Sumner Maine, en son remarquable livre intitulé l'*Ancien Droit*, trad. Courcelle-Seneuil, ch. ix, *Histoire du contrat*, principalement p. 297, 309. Cette marche des idées juridiques, cette subordination de la volonté à des formes qui la précisent, à des faits qui la réalisent, se retrouve chez tous les peuples en une certaine phase de leur civilisation. Voyez les intéressantes études de M. Esmein sur les contrats dans le très-ancien droit français; première étude, de la formation des contrats, notamment p. 6.

## APPENDICE XI. (Nos 1669 et 1671.)

### DU TRANSPORT DES CRÉANCES.

L'idée première et même l'idée persistante des Romains paraît avoir été celle-ci : si la propriété est aliénable, la créance ne l'est pas (1).

La créance est un rapport entre deux personnes. Si l'une des personnes change, un rapport nouveau commence.

La novation est précisément destinée à opérer ce changement de personnes du côté actif ou du côté passif de l'obligation. Par la novation, comme disent les textes, un objet de dette, un *debitum*, passe, est transfusé d'une obligation dans une autre. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem tranfusio atque translatio* (2).

Ce procédé peut certainement servir à transporter un *creditum*, à faire passer une créance d'une personne à une autre. C'est le moyen décrit par Gaius. Il offre toutefois de graves inconvénients qui dérivent de ce principe : l'objet du *creditum* reste le même, mais le lien personnel, le rapport d'obligation est renouvelé dans la novation. Le concours du débiteur est nécessaire. Le créancier ne peut disposer ainsi de son droit qu'avec l'agrément de son débiteur. Les sûretés qui accompagnaient la première obligation périssent avec elle ; elles peuvent seulement être rétablies pour sûreté de la nouvelle obligation. Ce rétablissement exige le consentement des débiteurs accessoires ou des propriétaires actuels de biens hypothéqués (3).

Les jurisconsultes ont cherché un moyen plus commode de transporter une créance, ou tout au moins l'émolument, le bénéfice à retirer d'une créance. Ils ont trouvé ce moyen dans une règle de la procédure formulaire. Ce système de procédure permet à une personne de plaider sur le droit d'autrui, en prenant, soit comme demandeur, soit comme défendeur, la place de celui que concerne le droit déduit en justice. Ainsi agit le *procurator* ou fondé de pouvoir. Comme demandeur, par exemple, il prétend, il prouve que celui pour lequel il plaide a un droit de créance, et il obtient, s'il y a lieu, condamnation contre le défendeur (4).

---

(1) Il ne faut pas chercher le témoignage direct de cette conception dans les premiers mots du § 38 du Com. II de Gaius. Ces mots expriment seulement que les créances ne s'aliènent point par les modes d'aliénation admis pour la propriété ou, selon le langage des Romains, pour les choses corporelles. Mais l'idée se dégage de la fin du même texte. Une créance ne peut être cédée, une personne ne peut être substituée à une autre dans une créance que par une novation, un renouvellement, une reconstitution de l'obligation. — (2) ULP. f. 1. pr. DIG. *De nov.* 46. 2. — (3) ANTON. l. 4. Cod. 8. 41. *De fidej*. PAUL. f. 18. DIG. *De nov.* 46. 2. ULP. f. 11. § 1. DIG. *De pign. act.* 13. 7. — (4) GAIUS. Com. 4 §§ 82 et suiv.

Un principe du droit romain que nous avons développé ailleurs (1), le principe que les actes juridiques produisent leurs effets dans la personne de ceux qui y figurent, contribue à faire de la *procuratio* un moyen efficace de faire passer à un tiers une créance.

Le cédant donne au cessionnaire pouvoir d'exercer son droit, son action contre le débiteur. Le *procurator* intente l'action. Le droit déduit en justice, qui est le droit du cédant, est consommé; il ne pourra plus faire l'objet d'un autre procès (2). La litiscontestation fait naître une obligation à la charge du défendeur, au profit du demandeur; obligation dont la condamnation déterminera le montant. Or le demandeur, c'est le *procurator;* c'est lui qui est partie au procès; c'est lui qui devient créancier du débiteur-cédé, du défendeur au procès, créancier en vertu de la litiscontestation et de la condamnation.

Le résultat est obtenu; le droit a passé du cédant au cessionnaire; oui, mais par une sorte de novation. N'allons-nous pas retomber dans les inconvénients de la novation, premier mode employé pour céder les créances? — Non.

L'espèce de novation, improprement dite, qui découle du procès engagé et lié, autrement dit de la litiscontestation, n'a point les mêmes effets que la novation volontaire (3).

Le débiteur est indirectement forcé de subir le procès et de s'y prêter, par la menace de la *missio in possessionem bonorum* comme *indefensus*.

La litiscontestation, à la différence de la novation volontaire, rend la condition du demandeur meilleure et non pire. Il acquiert une créance susceptible d'exécution forcée contre le débiteur. Il conserve la plupart des sûretés de la créance primitive. En droit classique, il est vrai, les fidéjusseurs étaient libérés; mais cela n'a plus lieu sous Justinien (4); et à toute époque, les sûretés personnelles par *mandatum credendæ pecuniæ* et par constitut ont survécu à la litiscontestation et se sont rattachées à l'obligation nouvelle née au profit du demandeur (5). Il en est de même des sûretés réelles, à l'exclusion des *privilegia personæ* (6).

Le procédé de la *procuratio in rem suam* met vivement en lumière que le cessionnaire ne saurait avoir plus de droit que le cédant, qu'en général les exceptions opposables au cédant (du moins celles nées de faits antérieurs à la cession) sont opposables au cessionnaire; car celui-ci *intentionem sumit ex persona domini,* c'est-à-dire du créancier cédant et *mandator* (7).

---

(1) App. 9, liv. 3. De la représentation. — (2) Ulp. f. 11. § 7. Dig. *De ex. rei judica.* 44. 2. — (3) Paul. f. 29. Dig. *De nov.* 46. 2. — (4) Just. L. 28. Cod. 8. 41. *De fidej.* — (5) Diocl. et M. l. 23. Cod. 8. 41. *De fidej.* — Ulp. f. 18. § 3. Dig. *De const. pec* 13. 5. — (6) Marc. f. 13. § 4. Dig. *De pign.* 20. 1. Pap. f. 42. Dig. *De adm. tut.* 26. 7. — (7) L'exception de dol, qui a commencé à compéter contre un créancier, continue à pouvoir être opposée à

Ce procédé réalisait un grand progrès sur la novation; mais il était encore imparfait.

La *litis contestatio* ne pouvait être engagée qu'après l'échéance de la dette. Si la créance cédée était à terme, le *procurator* devait attendre l'exigibilité pour entamer le procès. Même après le terme, il pouvait ne pas convenir au cessionnaire de commencer immédiatement des poursuites.

Jusque-là le cédant demeurait créancier; il pouvait recevoir le paiement; il pouvait même l'exiger; car le pouvoir conféré au *procurator* ne déplace pas la créance et n'enlève pas au mandant le droit d'agir.

Pour obvier à ce danger, il a été admis, vers l'époque d'Alexandre Sévère, que lorsque le cessionnaire aurait fait connaitre au débiteur la cession par une dénonciation extrajudiciaire ou par un arrangement pris avec lui, le débiteur serait fondé et tenu à refuser au cédant l'acquittement de la dette; qu'il aurait une exception pour paralyser l'action que le cédant voudrait intenter (1). Le débiteur qui, au mépris de la dénonciation, aurait payé la dette au cédant, serait en état de dol par rapport au cessionnaire.

L'effet attribué à la dénonciation a réalisé l'irrévocabilité du pouvoir donné au cessionnaire. Il était juste que le pouvoir fût aussi irrévocable que la cession qu'il sert à exécuter, et que le cédant fut dessaisi. C'est l'origine de l'art. 1690 du Code civil.

Cette innovation doit être combinée avec une autre dont les premiers monuments sont antérieurs, mais dont le complet développement est postérieur aux constitutions d'Alexandre et de Gordien que nous venons d'analyser.

Le procédé de la *procuratio* employé pour exécuter la cession présentait encore de notables imperfections.

Le pouvoir donné à un mandataire cesse par la mort du mandant, par la mort du mandataire; tandis que la cession consentie d'une créance à titre de vente ou de donation, moyennant un prix ou gratuitement, est destinée à produire des effets durables et non viagers.

Si, avant la litiscontestation engagée avec le débiteur cédé, le cessionnaire purement investi d'un pouvoir meurt ou voit mourir son cédant, le pouvoir s'évanouit. Le cessionnaire acheteur pouvait, par l'action *ex empto*, demander aux héritiers du vendeur un nouveau pouvoir; mais quelle complication! Le cessionnaire

---

l'acheteur de la créance, cessionnaire par voie de *procuratio in rem suam*. Il en est autrement en cas de *novation*, du moins en général. PAUL. f. 12. f. 19. DIG. *De nov*. 46. 2 Arg. PAUL. f. 5. § 5. DIG. 44. 4. *De excep. doli*.

L'acquéreur à titre onéreux d'une chose corporelle ne souffre des actes de son auteur qu'en tant que ces actes ont modifié l'état de la propriété. ULP. f. 4. § 27. § 31. DIG. 44. 4.

(1) Arg. *e contrario*. ALEX. l. 4. Cod. *Quæ res pignori*. 8. 17. GORD. l. 3. Cod. *De nov*. 8. 42. Comp. ULP. f. 55. DIG 3. 3. *De proc*.

qui avait été gratifié de la cession d'une créance, cession réalisée aussitôt que convenue par la *procuratio in rem suam*, n'avait, en droit classique, aucune action contre les héritiers du donateur.

Ce que nous venons de dire du cessionnaire après la mort du cédant était également vrai pour les héritiers du cessionnaire à l'égard du cédant (1).

L'imperfection du système a été, sous ce rapport, corrigée peu à peu, sous les empereurs, par la concession, au cessionnaire, d'une action utile, pour tenir lieu de l'action directe mandée, action utile que le cessionnaire peut exercer nonobstant la révocation du pouvoir donné pour l'exercice de l'action directe de la créance.

Nous avons dit : peu à peu, progressivement, parce que l'action utile a été accordée en vue d'hypothèses spéciales, celles où le cessionnaire excitait le plus d'intérêt, puis étendue, avec le temps, à toutes les hypothèses de cession de créance.

La première idée de la réforme semble remonter à Antonin le Pieux, qui a donné des actions utiles à l'acheteur d'une hérédité pour toutes les créances comprises dans l'hérédité (2). La multiplicité des créances à céder augmentait les inconvénients du procédé primitif. Puis l'action utile a été admise au profit de celui à qui une créance a été donnée en gage (3) ; la sécurité du créancier gagiste doit être indépendante de la volonté du débiteur ; — plus tard, au profit de celui à qui une créance a été cédée à titre onéreux : vente, échange ou dation en paiement (4). Ce n'est que Justinien qui, complétant la série des hypothèses, a concédé l'action utile au cessionnaire à titre gratuit d'une créance, donataire ou légataire (5).

L'introduction de l'action utile assure la transmissibilité aux héritiers des effets de la cession.

Elle offre en outre, croyons-nous, au cessionnaire un moyen sûr d'agir contre le débiteur cédé qui, au mépris d'une notification reçue, aurait versé le montant de la dette aux mains du cédant, dessaisi de la créance.

L'action utile est modelée sur l'action directe ; elle est délivrée dans la forme rutilienne décrite par Gaius (6). Le droit du cédant est mis en question. La condamnation est tournée au nom et à l'avantage du cessionnaire. Elle produit exactement les mêmes effets que l'action directe, ni moins, ni plus (7).

L'action utile est accordée au cessionnaire qui a reçu une *procuratio in rem suam* et en a perdu le bénéfice par une révocation accidentelle. Elle est accordée, en outre, à tout cessionnaire qui est muni d'une action pour exiger de son cédant une *procuratio*.

---

(1) L. 33. C. 8. 54. *Non aliter suis heredibus cessas actiones transmittere poterant nisi litem ex his contestati essent.* — (2) Ulp. 16. pr. Dig. 2. 14. *De pactis* — (3) Alex. l. 4. C. 8. 17. *Quæ res pign.* — (4) Diocl. et M. l. 8. C. 4. 39. *De hered. vel act. vend.* — (5) Just. l. 33. C. 8. 54. *De donat.* — (6) Gaius. Com. 4. §§ 35. 86. — (7) Paul. fr. 47. § 1. D. 3. 5. *De neg. gest.*

L'action utile est subordonnée aux mêmes conditions que la *procuratio*. Par exemple, l'acheteur qui n'a pas obtenu de terme pour le paiement du prix, n'obtiendra, sans doute, l'action utile, de même qu'il ne serait fondé à exiger la *procuratio*, qu'après avoir satisfait le cédant-vendeur.

Au surplus, nous pensons que l'action utile est, en cette matière, comme toute action du même genre, délivrée après examen, *cognita causa*.

J. E. L.

---

## APPENDICE XII. (Nos 1408, 1678.)

### DE LA SUBROGATION PERSONNELLE.

Deux institutions romaines distinctes, le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum creditoris*, ont contribué à former, en se fondant ensemble et en se communiquant leurs effets, une institution unique que nous nommons subrogation, paiement avec subrogation.

Nous nous proposons de réunir les éléments, épars dans les lois romaines, dont la fusion a créé le principe moderne.

### § I.

Quand une personne est forcée d'acquitter la dette d'autrui, il est juste de lui assurer un recours, aussi efficace que possible, contre celui qui doit, en définitive, supporter le poids de la dette.

Au moment de la naissance d'une obligation contractuelle, le créancier prend ses sûretés; il accumule, s'il peut, sûretés personnelles et sûretés réelles. Le débiteur accessoire, ou le codébiteur qui désintéresse le créancier, aurait grand profit à se servir de ces sûretés pour recourir plus efficacement contre le débiteur principal en totalité, ou contre son codébiteur partiellement. Le créancier n'en ayant plus besoin, puisqu'il est satisfait, n'a aucune raison de refuser de les céder (1); il doit y être contraint. A cette idée générale répond le bénéfice de cession d'actions.

Comment réaliser cette idée? La condition première est que le créancier soit satisfait, c'est-à-dire payé. Le paiement éteint la dette et ses accessoires. Le créancier n'a plus rien qu'il puisse céder. Comment sortir de ce cercle?

Les Romains ont usé d'un expédient. Le créancier sera réputé vendre sa créance, ses droits, ses actions, moyennant une somme

---

(1) Ulp. f. 38. Dig. *De evict.* 21. 2. *Cui non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem (vel debitorem) quod sine dispendio creditoris futurum est.* Comp. Pothier. *Oblig.* n° 520.

égale à celle qui lui est due. Il ne recevra pas le paiement de la dette; mais il sera désintéressé par un prix de vente équivalent. La vente ne lui imposera aucune obligation de garantie. De quoi se plaindrait-il (1)?

Mais enfin, si le créancier refuse de se prêter à cet arrangement, comment l'y contraindre? Le débiteur auquel le bénéfice de cession d'actions appartient, refusera de payer, et, contre une demande en justice, il obtiendra du préteur le secours d'une exception. Le créancier sera donc, si le bénéfice est justement invoqué, dans l'alternative de consentir à vendre sa créance avant la *litis contestatio*, ou de la perdre ensuite par une absolution du débiteur (2).

A quoi cela nous mène-t-il en pratique? A quelque chose de très-simple : avant de compter ce qu'il doit, le débiteur demandera la cession des actions. Le créancier qui aura adhéré à la demande, sera tenu, après paiement, de constituer celui qui en est l'auteur *procurator in rem suam* à l'effet d'exercer les actions du créancier. Si, après avoir consenti, le créancier ne donne pas mandat, pouvoir d'agir, des actions utiles, modelées sur celles qui devaient être cédées, seront accordées au débiteur qui s'est libéré sous cette équitable condition (3).

Voilà le procédé. On aurait tort de critiquer comme étrange cet expédient d'une vente entre personnes qui n'ont certes, ni l'une ni l'autre, l'intention sérieuse de vendre ni d'acheter. Notre législateur va plus directement au but, mais il tombe dans une autre étrangeté. Le créancier reçoit son paiement, le paiement de ce qui lui est dû, et ce paiement n'est pas extinctif. On dit en général que c'est un acte à double face : paiement pour le créancier, cession pour le coobligé qui paie sauf recours. Cela est subtil. Cette matière est, dans toutes les législations, aussi remar-

(1) Paul. f. 36. Dig. *De fidej.* 46. 1. Marci. f. 5. § 2. Dig. *Quib. mod. pign. solv.* 20. 6. — (2) Papin. f. 65. Dig. *De evict.* 21. 2. *Remedio locus... ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur.* — (3) Modest. f. 76. Dig. *De solut.* 46. 3. Si celui qui a le droit de requérir la cession des actions n'en a point parlé avant le paiement, peut-il, après coup, invoquer le bénéfice qu'il a par erreur négligé? La question est controversée. Plusieurs interprètes distinguent si le débiteur a payé spontanément ou sur une condamnation et soutiennent que des actions utiles lui sont accordées au second cas et refusées au premier. Ils prétendent concilier ainsi des textes en apparence contradictoires. Modest. f. 76. Dig. *De solut.* 46. 3. Diocl. et M. l. 2. Cod. *De duobus reis.* 8. 40. Ulp. f. 1. § 13. Dig. *De tut. act.* 27. 3.

Nous sommes plus disposé à dire que celui qui a fait un paiement pur et simple n'a plus le droit d'exiger ni même le moyen d'obtenir, en droit civil, la cession d'actions qui sont éteintes; mais que cela ne fait pas obstacle à l'octroi par le préteur, après examen et selon le caractère favorable des circonstances, d'actions utiles semblables à celles dont la cession pouvait être demandée. Pourquoi le préteur n'aurait-il pas usé d'un pouvoir qui lui appartient pour atteindre ce résultat très-équitable? Modestin (f. 76. D. 46. 3) exprime que le créancier ne peut plus céder des actions éteintes *jure civili;* mais il ne s'explique pas sur l'intervention et le secours *extra ordinem* du préteur.

quable par l'équité des résultats que par la subtilité des moyens.

Parcourons la liste des personnes à qui est concédé le bénéfice de cession d'actions.

*a*) D'abord le débiteur accessoire, fidéjusseur, *mandator pecuniæ credendæ,* débiteur accessoire obligé par constitut.

La règle très-simple et d'une logique nécesaire, qui veut que la cession des droits soit demandée avant qu'ils soient éteints, entraînait, à l'époque du droit classique, des différences entre *fidejussores* et *mandatores pecuniæ credendæ,* quant à la durée du bénéfice.

Le fidéjusseur qui laissait la litiscontestation s'engager entre lui et le créancier ne pouvait plus demander la cession des actions personnelles contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs libérés par la litiscontestation. Mais il pouvait encore requérir la cession des actions hypothécaires si des biens avaient été affectés à la dette, car la litiscontestation par laquelle le droit de créance avait été déduit en justice et consommé, laissait subsister les hypothèques (1).

Le *mandator* pouvait, même après la litiscontestation, jusqu'au paiement, demander cession des actions contre ses *comandatores;* il pouvait même, après un paiement pur et simple, exiger la cession des actions contre le débiteur principal, parce que, d'une part, les obligations du débiteur principal et du *mandator* étaient réputées tellement distinctes que le paiement de l'une n'éteignait pas l'autre; d'autre part, une action existait, l'*actio mandati contraria,* pour contraindre le créancier à opérer la cession de ses droits contre le débiteur principal. Faisons observer que les droits du créancier contre le débiteur principal sont, après le remboursement obtenu du *mandator pecuniæ credendæ,* paralysés entre ses mains par une exception de dol; il a reçu l'équivalent d'un paiement direct; il a obtenu satisfaction. Ces mêmes droits reprennent vigueur chez le cessionnaire, parce que celui-ci ne redoute pas la même exception; celui-ci a fait un déboursé pour autrui; il ne commet pas un dol en se servant de tous moyens propres à le rendre indemne. On voit nettement dans cet exemple le parti que les Romains tiraient de la distinction entre l'extinction *ipso jure* et l'invalidité *ope exceptionis* (2).

L'une des différences signalées a disparu par la réforme de Justinien qui a modifié l'effet consommatoire de la litiscontestation.

Si l'on s'attache à la règle : « la cession peut être demandée aussi longtemps que les droits subsistent, par celui qui a un moyen de contrainte, soit refus de paiement, soit action », les nuances, qui au premier abord paraissent compliquées, deviennent simples parce qu'elles sont logiques.

---

(1) Marc. f. 13. § 4. Dig. *De pign. et hyp.* 20. 1. — (2) Papin. f. 95. § 10. Dig. *De sol.* 46. 3. Papin. f. 52. § 3. Dig. *De fidej.* 46. 1.

Les débiteurs accessoires obligés par constitut ne pouvaient pas, avant Justinien, invoquer le bénéfice de division, parce que le préteur avait organisé l'action *constitutæ pecuniæ* avec une grande rigueur afin d'assurer l'exécution ponctuelle du paiement convenu. Mais il n'y avait aucun motif de refuser à l'un de ces débiteurs *constitutæ pecuniæ* le bénéfice de cession d'actions, qui, loin de retarder le paiement, le supposait accompli sous forme de prix d'achat.

*b*) Des débiteurs accessoires, qui ont le droit de recourir pour le tout contre le débiteur principal, passons aux codébiteurs solidaires. La solidarité suppose, en général, une dette dérivant d'une faute commune ou une dette contractée dans un intérêt commun. Le créancier a le droit d'exiger le tout d'un seul des débiteurs; mais il est juste que la charge de la dette se répartisse entre tous les débiteurs coupables d'une faute commune, ou également intéressés dans l'affaire cause de la dette. La cession forcée d'actions trouve sa raison d'être. A-t-elle été admise par le droit romain?

En ce qui concerne les débiteurs tenus *in solidum* à raison d'une faute commune, nous avons des preuves de la concession du bénéfice de cession d'actions, sous une réserve très-importante. Ce bénéfice est refusé à ceux qui sont coupables d'un dol (1). Ces derniers ne méritent aucune faveur. L'éventualité d'un paiement total, sans recours, est comme une peine, de nature à détourner de commettre des fraudes. C'est par les mêmes motifs, semble-t-il, que, dans les affaires qui présentent une égale turpitude de la part des deux parties, *melior est causa possidentis*. La justice sociale n'est pas faite pour résoudre les différends entre personnes se livrant de concert et avec une égale immoraralité à une négociation illicite. La menace d'un dépouillement irréparable pour celui qui se trouvera dessaisi des valeurs employées à l'acte illicite, est, d'ailleurs, propre à effrayer ou à punir (2).

Ces règles sont fréquemment appliquées aux cotuteurs, cocurateurs, aux magistrats chargés indivisément d'un même office.

Lorsque parmi les tuteurs, d'après la décision du magistrat, l'un a géré, tandis que les autres l'ont surveillé, ils peuvent être tous en faute, tous solidairement responsables envers le pupille; le premier pour avoir fait un acte nuisible ou une malversation, les autres pour ne l'avoir pas empêché par une surveillance assez attentive. Ces derniers (qui ont déjà la faculté d'exiger la discussion préalable du tuteur onéraire) ont en outre, grâce à la cession

---

(1) Ulp. f. 1. § 13. Dig. *De tut. act.* 27. 3. Papin. f. 38. § 2. Dig. *De adm. tut.* 26. 7. — (2) Comp. anal. Paul. f. 3. f. 8. Dig. *De cond. ob turp. caus.* 12. 5.

d'actions, le droit de recourir pour le tout contre ce même tuteur dont la faute est principale (1).

Nous devons, par analogie, admettre le bénéfice de cession d'actions au profit des co-commodataires, co-locataires, responsables d'une négligence commune; — et le refuser à ceux qui sont tenus *in solidum* de la réparation d'un dol, d'une menace violente ou d'un vol concertés.

*c*) Occupons-nous maintenant des codébiteurs qui ont accepté la rigueur accidentelle de la corréalité. Presque toujours ils sont cointéressés dans l'affaire; sans la convention de solidarité, ils seraient débiteurs conjoints. Parfois un seul est intéressé; les autres sont des débiteurs accessoires que le créancier a forcés à subir le lien plus sévère de la corréalité. Dans un cas comme dans l'autre, le recours est équitable, soit pour le tout, soit pour partie. Ces *correi promittendi* jouissent-ils du bénéfice de cession d'actions? Les interprètes sont en dissentiment.

Ont-ils formé entre eux un contrat de société et se sont-ils ménagé, à l'avance, par ce moyen, un droit de recours? Oui, de l'aveu de tous les auteurs, ils ont le droit d'exiger la cession des actions du créancier, lesquelles viendront corroborer le recours préconstitué (2).

Se sont-ils obligés corréalement sans société? — Ici se place la controverse.

Une doctrine répond : N'ayant pas de recours à exercer de leur chef, ils n'ont pas droit à la cession des actions du créancier. Aussi, dans ce cas, on ne peut savoir, à l'avance, sur qui pèsera le poids entier de la dette. Ce sera l'un ou l'autre, au choix du créancier; jusqu'à la poursuite, tout est en suspens. C'est, en effet, ce qu'un jurisconsulte paraît attester pour en tirer une conséquence au sujet du calcul de la Falcidie (3).

D'autres auteurs soutiennent que le bénéfice de cession d'actions appartient à tous les *correi promittendi*, sans distinction, qu'ils se soient ou non associés. Ce moyen de recours est plus nécessaire et n'est pas moins équitable pour ceux qui ne se sont pas associés (4).

Mais il faut bien faire attention que les actions cédées fournissent un moyen de recours dont le cessionnaire ne peut jamais se servir que conformément à l'équité.

Prenons un exemple dans la matière des dettes accessoires. Une personne se porte *fidejussor* dans une affaire où elle est le principal intéressé, affaire que le débiteur principal a gérée pour compte d'autrui, donc *fidejussor in rem suam*. Un tel obligé, qui n'est débiteur accessoire qu'en apparence, ne pourra certaine-

(1) Ulp. f. 1. § 13. Dig. *De tut. act.* 27. 3. — (2) Papin. f. 65. Dig. *De evict.* 21. 2. — (3) Ulp. f. 62. Dig. *Ad. leg. Falc.* 35. 2. — (4) Loi précitée de Pap. f. 65. Dig. 21. 2.

ment pas abuser de la cession d'actions au point de recourir contre le débiteur principal apparent, qui est son mandataire.

Il en est de même en ce qui concerne le *correus promittendi* débiteur principal et seul intéressé. Le recours ouvert par la cession d'actions dépend de la réalité et de l'étendue des intérêts qui ont motivé la création de la dette corréale.

Eclaircissons ce point par deux exemples.

1° Deux banquiers s'engagent corréalement à prêter une somme d'argent. Ils ont des comptoirs en différents lieux. Le stipulant ne sait pas encore en quel lieu il aura besoin de la somme promise. Il est entendu que celui des banquiers qui fournira la somme aura seul le bénéfice du prêt. Voilà une dette corréale flottante dont l'exécution intégrale par l'une des parties ne motivera aucun recours, même par la voie des actions cédées.

2° Une personne emprunte une somme d'argent. Elle fournit des garants désintéressés dans l'affaire. Le créancier exige que ces garants se portent avec l'emprunteur *correi promittendi*. Il augmente ainsi la facilité des poursuites; il échappe notamment au bénéfice de division (1). L'un des *correi promittendi*, débiteur principal en apparence, simple garant au fond, est forcé de payer. Il peut, nous le croyons, se faire céder les actions du créancier, nonobstant l'absence d'une société. Grâce aux actions cédées, il exercera un recours pour le tout contre l'unique emprunteur, et, ce qui est plus important, en cas d'insolvabilité de l'emprunteur, il aura un recours divisé contre les autres garants, quoique, de son chef, il n'ait aucune action contre eux.

Ces résultats ne sont-ils pas très-équitables? Faut-il croire que les Romains ne les aient point admis?

Une seule objection est embarrassante.

Comment expliquer, dans cette opinion, le texte relatif à la Falcidie? D'une façon assez simple. Ce texte prouve qu'à défaut de société la distribution de la dette entre les *correi promittendi* est incertaine. Il n'exclut pas le bénéfice de cession d'actions dont le résultat est lui-même incertain. En effet, les actions cédées seront-elles efficaces? on l'ignore; car le créancier n'est tenu que de céder ses actions telles quelles, et peut-être les aura-t-il invalidées, énervées par un *pactum de non petendo*. En outre, le débiteur corréal, ou prétendu tel, croira peut-être de son intérêt de contester la prétention du créancier, et après la litis-contestation, en droit classique, la cession d'actions paraît impossible. Il y a d'autres causes d'incertitude. — Le premier calcul de la Falcidie n'admet que des éléments certains. La société contractée entre les *correi promittendi* fournit une certitude que ne donne pas de même l'espoir de la cession d'actions plus ou moins efficaces(2).

(1) Voy. l'appendice sur les débiteurs accessoires (App. 5, liv. III) et celui sur la solidarité. (App. 4, liv. III.) — (2) MACHELARD et LABBÉ. *Dissertations*, 1882, p. 414 et p. 459.

*d*) Nous avons reconnu l'existence du bénéfice de cession d'actions au profit des débiteurs accessoires et des codébiteurs solidaires, ou, pour nous exprimer comme le Code civil, au profit de ceux qui sont tenus d'une dette pour un autre ou avec un autre. — Le même bénéfice est accordé au tiers détenteur d'un bien hypothéqué.

Cette expression s'applique : 1° au tiers qui a consenti à hypothéquer son bien pour sûreté de la dette d'autrui; 2° au tiers qui a postérieurement acquis un bien hypothéqué par son auteur, que nous supposerons être le débiteur.

Le premier, que nous nommons caution réelle, jouit, il n'en faut pas douter, du bénéfice de cession d'actions. Les jurisconsultes romains, en effet, l'assimilent à un débiteur accessoire (1).

Le second, que nous distinguerons par cette expression tiers acquéreur, a-t-il le même bénéfice? Oui, à une condition toutefois, c'est qu'il soit *justus possessor*. Un possesseur quelconque poursuivi hypothécairement peut désarmer le créancier en le payant; mais il n'est point toujours autorisé à exiger de lui la cession de ses actions (2).

Mais que signifient les mots *justus possessor?* Parmi les interprètes, les uns répondent : celui qui a ignoré, en acquérant, l'existence de l'hypothèque, celui qui serait dans le cas de prescrire contre l'action hypothécaire par une possession de dix à vingt ans.

Nous préférons l'opinion, moins sévère, qui embrasse, dans l'expression *justus possessor*, quiconque est devenu propriétaire en vertu d'un juste titre et serait, au besoin, dans le cas d'usucaper la propriété, alors même qu'il aurait eu, au moment de l'acquisition, connaissance de l'hypothèque. Il est digne d'intérêt; il a dû croire que le débiteur à l'échéance paierait la dette. L'épithète *justus* écarte l'usurpateur (3).

Une novelle de Justinien, la novelle 4, relative au bénéfice d'ordre, a modifié les effets de la cession d'actions.

D'abord, le débiteur accessoire et le tiers acquéreur peuvent exiger du créancier la discussion préalable, le premier, du débiteur principal; le second, de tous ceux qui sont personnellement obligés à la dette. Il en résulte que le bénéfice de cession d'actions n'a plus d'application que si cette discussion préalable n'a pas procuré le paiement, — ou si le débiteur accessoire a, en contractant, renoncé au bénéfice d'ordre.

En outre, depuis la novelle, par une conséquence implicite, le

---

(1) Marcel. f. 38. § 1. Dig. *Mandati*. 17. 1 — (2) Scævola. f. 19. Dig. *Qui potiores*. 20. 4. — (3) Ce dernier peut désarmer le créancier en le payant, mais non exiger la cession des actions. — Paul. f. 12. § 1. Dig. *Quib. mod. pig. sol.* 20. 6.

débiteur accessoire cessionnaire des droits du créancier ne peut plus agir contre les tiers acquéreurs de biens hypothéqués. La novelle avait ainsi réglé le conflit des recours entre les débiteurs accessoires et les tiers acquéreurs de biens affectés, conflit qui aujourd'hui donne lieu à de vives controverses (1).

Nous avons parcouru les cas dans lesquels le créancier est, en droit romain, tenu de céder ses actions à celui qui le désintéresse. En dehors de ces hypothèses, le créancier est maître de refuser, contre payement, la cession de ses actions. Peut-il, du moins, céder ses actions, sans contracter les obligations d'un vendeur, uniquement pour faciliter ou fortifier le recours du tiers *solvens* contre le débiteur? Notre droit moderne l'admet et autorise la subrogation consentie par le créancier qui reçoit son payement. Cette subrogation accessoire à un payement n'est pas une vente de créance. — En droit romain, le créancier qui, en dehors des cas précités où existe le bénéfice légal de cession d'actions, consent à céder ses actions moyennant une somme égale au montant de sa créance, contracte une véritable vente. Il est donc, à moins de convention contraire expresse, garant de l'existence de la créance et doit à l'acheteur évincé une indemnité complète, plus peut-être que la somme par lui reçue. Le droit romain ne distingue pas, comme le droit français, la vente de créance et la subrogation consentie par le créancier lors du payement (2).

§ 2.

Les autres cas de subrogation que nous trouvons dans le Code civil dérivent d'une autre source romaine, de la *successio in locum creditoris*.

*a*. La plus large application de la *successio in locum creditoris* résulte du *jus offerendæ pecuniæ* entre créanciers hypothécaires.

Tout créancier hypothécaire a le droit d'offrir paiement, paiement intégral, paiement en temps et lieu opportuns, à tout autre créancier ayant hypothèque sur le même bien. Il en a le droit; le créancier à qui les offres sont faites est tenu de les accepter; sinon, la consignation et le dépôt de la somme vaudront paiement. Il en a le droit; le créancier à qui paiement est offert, n'est pas fondé à le refuser même avec l'assentiment du débiteur (3).

Le paiement entraîne une *successio in locum*. Le créancier déjà hypothécaire, qui a payé, a, pour le recouvrement de la somme déboursée, le rang hypothécaire du créancier désintéressé.

Nous avons dit : tout créancier hypothécaire.

---

(1) M. DEMOLOMBE. *Obliq*. t. IV. nº 605. — (2) C. civ. art. 1250. 1º. — (3) GAIUS. f. 11. § 4. DIG. *Qui potiores*. 20. 4. SEV. et ANT. l. 1. Cod. *Qui pot.* 8. 18.

Le second créancier a le *jus offerendi* contre le premier, et il devient en réalité premier en rang pour une somme totale composée de ce qu'il a déboursé et de ce qui lui était dû dès l'origine (1).

Le troisième créancier a le *jus offerendi* contre le premier en passant par-dessus le second; il gagne le premier rang pour la somme payée au premier; il demeure au troisième rang pour la somme à lui due dès le principe.

Le premier créancier peut, lui aussi, exercer le *jus offerendi* contre ceux qui le suivent en ordre hypothécaire. Il n'y a pas d'intérêt s'il est poursuivi hypothécairement par les autres créanciers; il arrête leur action par une exception, invoquant sa priorité, sans avoir aucun déboursé à faire (2). Mais l'intérêt se présente pour lui en d'autres circonstances. Il peut, notamment, par ce moyen, repousser, neutraliser les offres que lui adresse un créancier postérieur. Dans ce conflit d'offres réciproques, comme en tout débat entre créanciers hypothécaires, *prior tempore, potior est jure* (3). Son intérêt peut dériver de ce qu'il a un bon placement et veut le conserver, ou de ce qu'il a, en outre, une créance chirographaire pour laquelle il aura le bénéfice du droit de rétention tant qu'il possédera (4).

*b.* Un débiteur veut se délivrer d'un créancier hypothécaire exigent ou qui a stipulé de forts intérêts. Il emprunte d'un tiers dans le but déclaré de payer le créancier hypothécaire et convient que la même chose sera hypothéquée au profit du prêteur. Le prêt et le paiement avec les deniers empruntés se réalisent. Le prêteur prend, pour l'hypothèque à lui constituée, le rang de l'hypothèque éteinte du créancier désintéressé. La position des créanciers intermédiaires n'est aucunement modifiée (5).

*c.* Le tiers acquéreur d'un bien hypothéqué, ou impose à son vendeur l'emploi du prix au paiement des plus anciens créanciers ayant hypothèque sur la chose, ou, de son argent, paie les premiers d'entre les créanciers hypothécaires. Il a l'émolument d'une *successio in locum*, en ce sens que, s'il est attaqué par des créanciers postérieurs, il aura pour repousser cette attaque la force dont jouissaient les créanciers payés de ses deniers (6).

Une grande différence existe, à notre avis, entre les effets de la cession d'actions et ceux de la *successio in locum*. Elle a pourtant été contestée. Insistons sur ce point.

Il est difficile de soutenir que, dans les cas de *successio in locum*, toutes les actions, les actions personnelles, les actions

(1) Marc. f. 5. pr. Dig. *De distr. pign.* 20. 5. — (2) Marc. f. 12. pr. Dig. *Qui potiores.* 20. 4. — (3) Arg. Paul. *Sent.* lib. 2. tit. 13. § 8. — (4) Gord. l. un. Cod. *Etiam ob chirog.* 8. 17. — (5) Sev. et Ant. l. 1. Cod. *De his qui in prior.* 8. 19. — (6) Paul. f. 17. Dig. *Qui potiores.* 20. 4. Alex. l. 3. Cod. *De his qui in prior.* 8. 19.

contre les débiteurs principaux et accessoires, qui appartenaient au créancier payé, passent à l'auteur du paiement; car 1° le paiement qu'on ne prend ici aucun soin de transformer en achat, est absolument extinctif; 2° les textes ne parlent, à propos de la *successio in locum,* ni de *procuratio in rem procuratoris,* ni d'actions données *utilitatis causa,* procédés sans lesquels aucun transport d'action ne se comprend en droit romain (1).

On a soutenu, avec plus de vraisemblance, que celui qui paie dans les cas de *successio in locum,* acquiert le droit d'hypothèque appartenant au créancier payé. Cette opinion s'autorise de plusieurs lois, notamment de lois où il est dit que l'auteur du paiement succède *in jus* et non pas seulement *in locum* (2).

Nous croyons d'une doctrine plus exacte que le créancier au profit duquel se réalise la *successio in locum,* reçoit seulement, pour un droit réel qui lui est propre, l'avantage du rang hypothécaire appartenant au créancier payé; il prend la place laissée vide par l'extinction de l'hypothèque de celui qu'il désintéresse; *succedit in locum :* cette expression la plus usitée est ainsi parfaitement justifiée. La preuve la plus forte à l'appui de cette opinion réside dans ce fait que le prêteur d'une somme destinée à payer un créancier hypothécaire, ne profite de la *successio in locum* que si les mêmes biens lui ont été hypothéqués. De quelle utilité est pour ce prêteur la constitution d'une hypothèque nouvelle, postérieure en date, si l'hypothèque ancienne du créancier *dimissus* lui est transmise? Au contraire, si la *successio in locum* lui procure seulement un rang, on comprend la nécessité de la constitution d'une hypothèque nouvelle, à laquelle ce rang accédera.

Si le créancier qui exerce le *jus offerendi,* si l'acquéreur dont le prix ou l'argent sert à désintéresser les plus anciens créanciers hypothécaires, n'ont pas besoin d'obtenir une constitution nouvelle d'hypothèque, c'est que sur la chose ils ont déjà un droit réel propre, droit d'hypothèque ou droit de propriété, droit qui est confirmé, corroboré par son extension, son développement au lieu et place de l'hypothèque éteinte. Les autres créanciers sont maintenus à leur rang, à leur degré d'infériorité relative.

Tel est le système qui nous paraît ressortir des monuments du droit romain. Les modernes n'ont pas jugé utile de limiter ou d'étendre plus ou moins, suivant les cas, les effets de la subrogation. Quelle inspiration a dicté aux Romains la distinction entre le bénéfice de cession et la *successio in locum?*

Ils ont judicieusement aperçu le but différent à atteindre dans les diverses hypothèses.

---

(1) Cependant de Renusson et nos anciens juristes, entraînés vers l'assimilation des bénéfices de cession d'action et de *successio in locum*, l'admettaient. — (2) Paul. f. 3. Dig. *Quæ res pignori.* 20. 3. — Diocl. et M. l. 4. Cod. *De his qui.* 8. 19.

Quand un coobligé, un débiteur accessoire, un tiers détenteur d'un bien hypothéqué, paient une dette qui en totalité ou en partie est celle d'autrui, ils subissent une nécessité; ils supportent une charge; ils n'entreprennent rien par intérêt personnel. Il faut leur procurer un recours aussi énergique, aussi complet que possible. Toutes les sûretés leur sont cédées. Ils s'en servent sans autre limite que celle de l'équité.

Le créancier hypothécaire qui supprime une cause de conflit en payant un créancier ayant hypothèque sur la même chose, le tiers acheteur qui veille à ce que son prix soit employé à éteindre les hypothèques les plus anciennes, le tiers à qui le débiteur emprunte pour payer un créancier hypothécaire menaçant et qui obtient hypothèque sur le même bien, se livrent à une opération que leur intérêt leur suggère. Que veulent-ils? à quoi tendent-ils? Ils veulent confirmer un droit préexistant; ils tendent à améliorer, à consolider leur position hypothécaire par un déboursé ou un emploi utile. Il n'y a aucune raison de leur accorder le moyen de faire retomber le poids de la dette sur une autre personne ou sur un autre bien. Avec le rang hypothécaire du créancier désintéressé, leur but est atteint. — Le créancier hypothécaire qui exerce le *jus offerendi* a reconnu que le bien hypothéqué, vendu en temps opportun, vaudrait plus, ou au moins autant, que la double somme qui lui est due. — Le tiers prêteur a eu confiance dans la garantie hypothécaire qui lui a été offerte, pourvu qu'il obtînt la *successio in locum;* il n'a pas exigé plus. Pourquoi lui accorder davantage? — Le tiers acheteur sera satisfait s'il conserve la propriété acquise, malgré les hypothèques qui la grèvent. La *successio in locum* lui donne cette satisfaction.

Le législateur romain n'intervient d'office que dans la mesure où la justice le demande. A des situations diverses, il adapte des modes de protection différents.

La cession d'actions fournit des moyens d'attaque. Elle convient à celui qui, ayant été forcé de payer la dette d'autrui, a juste sujet de recourir contre ceux qui, plutôt que lui, doivent acquitter la dette.

La *successio in locum* est surtout un moyen de défense et de sécurité, un surcroît de force procuré à celui qui, ayant ou acquérant un droit réel sur un bien, redoute la prééminence d'un droit antérieur, veut être délivré de ce péril. Il paie le créancier muni de ce droit redoutable, et il occupe, pour y asseoir le droit réel dont il est investi, la place qu'il a rendue vacante à ses dépens. La position des tiers reste la même; le paiement conserve ses effets extinctifs.

Une seule des conséquences qui se produisent habituellement à la suite d'un paiement, est supprimée; c'est celle qui, attribuant aux créanciers, dotés d'une hypothèque inférieure à celle du créancier payé, une amélioration de leur situation hypothé-

caire, les fait monter d'un degré. Or, il faut le remarquer, cette conséquence, favorable aux créanciers postérieurs, n'a rien de nécessaire, ni selon les règles du paiement, ni selon les règles du régime hypothécaire. Ces créanciers se sont contentés, en faisant crédit, d'une garantie moindre. Ce que la justice leur doit, c'est que rien ne vienne après coup détruire ou affaiblir la sûreté convenue. Qu'ils obtiennent gratuitement et par accident une sûreté plus forte, la raison ne l'ordonne pas.

Au contraire, il est équitable que le rang devenu vacant profite à celui qui a produit la vacance à ses frais. La loi accorde cet avantage à l'auteur du paiement; mais elle ne lui accorde rien de plus. Celui-ci a pris librement l'initiative du paiement; il a dû en calculer les suites d'après le droit commun. Il ne saurait exiger des garanties autres que celles qu'il s'est fait donner en contractant; il doit être satisfait de voir, ainsi qu'il y a compté, sa sûreté devenir plus grande, sa position devenir plus solide, grâce à l'accession au rang du créancier qu'il élimine par le payement (1).

J. E. L.

---

(1) Notre législateur, en assimilant et confondant les cas de cession d'actions nécessaire et les cas de *successio in locum*, a supprimé des nuances justifiables. Il a traité celui qui paie librement un créancier, comme celui qui est forcé de le payer. Il met à la disposition de l'un aussi bien que de l'autre l'arsenal des droits principaux et accessoires du créancier désintéressé. Le subrogé n'en aura pas toujours besoin; il s'en servira selon l'occasion. Parfois, la mesure du juste sera dépassée. Un créancier qui a obtenu et accepté en contractant une hypothèque spéciale primée par une hypothèque générale, pourra, selon notre droit, payer le créancier qui le précède, être subrogé à l'hypothèque générale et rejeter pour le tout la charge de la dette garantie par l'hypothèque générale sur d'autres biens que celui qui lui est spécialement affecté. D'autres créanciers en souffriront. La jurisprudence a de la peine à empêcher les conséquences excessives de ce procédé favorable à ceux qui ont des capitaux disponibles. *Voy. Documents sur la réforme hypothécaire*, t. II, p. 827 et suiv.

Le droit romain, avec la *successio in locum*, ne comporte pas cette lutte et ce trouble apporté à des situations acquises.

Au surplus, nous nous proposons moins de critiquer la subrogation moderne et son unité de principe, que de faire comprendre les motifs qu'a eus le législateur romain d'établir une différence selon les cas entre la cession d'actions déclarée exigible et la simple *successio in locum*.

# APPENDICES DU LIVRE IV

## APPENDICE I. (N° 2046.)

### DE LA LITIS CONTESTATIO.

Les Romains ont attribué à la *litis contestatio* des effets très-remarquables qui semblent dériver d'un principe singulier, et qui ont été gouvernés de façon à atteindre des résultats utiles.

L'idée que nous qualifions de singulière est qu'un droit qui, contesté, demande la protection des pouvoirs sociaux, sombre et disparaît dans l'acte destiné à le sauver.

Ce principe n'est point reproduit dans notre Code de procédure; il est repoussé par la doctrine moderne; mais la plupart des résultats utiles en sont maintenus (1).

La litiscontestation est l'organisation d'une instance dans laquelle un droit contesté est déduit. Elle est la détermination d'un litige contradictoire. — Elle produit deux effets généraux et caractéristiques. Essayons de les décrire et de les expliquer.

1° La litiscontestation engendre, comme un contrat, une obligation entre les personnes engagées dans le procès. Le défendeur est obligé envers le demandeur à subir le procès d'abord, la condamnation ensuite, s'il y a lieu. La condamnation déterminera l'objet définitif de cette obligation née de l'instance.

La *litis contestatio* est le début d'un procès; elle suppose un désaccord entre les parties; elle offre l'image d'une lutte. Néanmoins elle est assimilée à un contrat. — Cela s'explique, à l'époque du droit classique, par l'idée que le défendeur reçoit et accepte la délivrance de la formule; il consent à ce que la contestation soit examinée et terminée par le juge. Il consent, pour éviter un sort désastreux, une *missio in possessionem bonorum* comme *indefensus;* mais enfin il consent (2).

Ce rapport d'obligation se forme entre les plaideurs, quelle que soit la nature du droit exercé, fût-ce un droit réel. Le possesseur, jusqu'alors sans lien de droit avec le propriétaire, est maintenant tenu d'une obligation envers celui-ci, demandeur en revendication.

---

(1) GARSONNET, *Cours de proc.*, t. II, § 254. — (2) ULP., f. 52, Dig. *De reg. juris*, 50, 17. *Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.*

Tenu de veiller à la conservation de la chose litigieuse, il est responsable d'un défaut de soins, d'une faute d'omission, comme un débiteur contractuel.

Tenu de se prêter au procès et d'attendre la sentence, il doit, quelle que soit sa bonne foi, mettre en réserve les fruits et produits provenant de la chose litigieuse, afin de les restituer si le juge l'ordonne (1).

Débiteur de la chose litigieuse, il est passible des conséquences rigoureuses de la demeure; il répond des cas fortuits, si, de mauvaise foi, il résiste à la demande et méconnaît la prétention élevée contre lui (2).

Ces conséquences répondent à un but équitable. Le demandeur, qui obtient gain de cause, doit être mis dans la situation où il serait si justice lui avait été rendue dès l'*ordinatio litis*. Il faut, toutefois, permettre au défendeur de bonne foi de soutenir sa cause (3).

2° La *litis contestatio* épuise le droit litigieux en ce sens que ce droit ne pourra plus être la source d'un autre procès entre les mêmes personnes et leurs ayant-cause.

Le motif est qu'un débat doit suffire pour éclaircir et terminer un différend. Le *judicium* conduit normalement à une sentence. Cette sentence réglera désormais les relations respectives des parties, sans qu'il leur soit permis de raviver les anciennes prétentions. Le passé plein de doutes et de querelles a fait place à une situation nouvelle, à un repos assuré par la décision de la justice.

Mais, si le premier procès n'a pas abouti à une sentence sur le fond du droit, si le *judicium* a été périmé par le temps, ou que la sentence ait absous le défendeur par suite d'une exception purement dilatoire, le droit du demandeur sera-t-il encore épuisé? — Oui, selon la sévérité du droit classique. Ces résultats fâcheux proviennent de la faute des plaideurs. Les hommes doivent être vigilants. A côté de l'*exceptio rei judicatæ* existe l'*exceptio rei in judicium deductæ* (4).

Cet excès de rigueur a disparu de la législation du Bas-Empire. L'obstacle légal au renouvellement du procès réside uniquement dans le respect dû à une précédente décision rendue sur le fond de l'affaire.

Combinons les deux effets indiqués. Le droit antérieur est consommé; un droit nouveau a pris sa place; les rapports entre les parties sont renouvelés et transformés. L'idée d'une novation plus ou moins parfaite se présente à l'esprit; elle a été conçue par les jurisconsultes romains eux-mêmes (5).

---

(1) INST. 4. 17. § 2 *in fine*. — (2) PAUL. f. 16. pr. DIG. 6. 1. *De rei vind.* M. PELLAT sur cette loi. — (3) GAIUS, f. 20. Dig. *De rei vind.* 6. 1. — PAUL, f. 24, pr. Dig. *De usuris*, 22. 1. — (4) GAIUS. §§ 106, 121. — (5) PAUL. f. 29. DIG. 46. 1. *De nov.* FRAG. VATIC. § 263. L'idée de novation s'adapte beaucoup

Qu'un droit s'éteigne au moment où le titulaire veut le faire reconnaître et sanctionner par la justice sociale, que toute contestation aboutisse à une transformation du droit mal à propos contesté, on peut, en raison, critiquer cette théorie. Dans le système formulaire, elle trouvait parfois un point d'appui dans la règle que toute condamnation était pécuniaire. Comment ne pas admettre la substitution d'un droit à un autre, quand l'objet du droit issu de la condamnation était différent de l'objet du droit primitif?

L'*arbitrium* du juge, en procurant au demandeur une satisfaction directe et non par équivalent, est venu contrarier souvent l'idée de novation. Il en est de même de la règle : *omnia judicia absolutoria esse;* il est singulier d'affirmer que le droit de créance du demandeur a été éteint par la *litiscontestatio* et de considérer comme libératoire, pour le défendeur, l'exécution précise de cette même créance pendant le procès (1).

Mais voyons, avant tout, les conséquences pratiques que les jurisconsultes romains ont tirées de ce principe.

Une action, supposons-le, est bornée à la vie de celui en qui elle est née, parce qu'elle respire la vengeance, *vindictam spirat,* par exemple l'action d'injures (2), ou bornée à la vie de celui contre qui elle est accordée, parce qu'elle est pénale, par exemple l'*actio furti* (3), ou bien limitée à un certain temps, presque toujours parce qu'elle sanctionne un délit prétorien, par exemple

---

mieux au cas où le droit déduit en justice est un droit de créance, que lorsque ce droit est un droit de propriété. Néanmoins, la stipulation aquilienne prouve que les Romains n'ont pas absolument écarté toute idée de novation de la matière des droits réels. Dans un système de procédure comme le système formulaire où toute condamnation est pécuniaire, un droit réel dès qu'il est contesté, la propriété d'une chose qu'on ne possède pas, ne représentent guère que la créance des dommages et intérêts auxquels on peut faire condamner les contestants. Cette créance est dans la formule aquilienne déduite en stipulation. Déduite en justice, elle prend une vie, une force, une existence juridique, qui étouffe et paralyse le droit réel préexistant. — INST. 3. 29. § 2. Explic. n^os^ 1690 et suiv.

(1) GAIUS. 4. § 114. Si les Sabiniens étaient attachés à la tradition et peu favorables aux nouveautés, ils développaient les principes traditionnels avec une hardiesse propre à donner satisfaction aux besoins nouveaux. — (2) INST. 4. 12. § 1. CONST., l. 7, C. 8. 56. Explic. n° 2246. — (3) INST. 4. 12. § 1. Explic. n° 2246. A ce point de vue, le caractère pénal se recherche à l'égard du défendeur; ce qui embrasse deux classes d'actions : 1° les actions pénales *ex utraque parte* qui affligent le défendeur d'une perte à raison d'un fait illicite et qui procurent au demandeur un gain qui est comme le bénéfice d'une amende privée. Ex. : *actio furti manifesti vel non manifesti*. — 2° Les actions pénales *ex parte rei tantum,* qui affligent d'une perte le défendeur coupable d'un fait illicite, mais qui procurent au demandeur simplement la réparation d'une perte subie, une indemnité, *quod abest e patrimonio suo*. Ex. : Action *de dolo,* action révocatoire des actes frauduleux d'un débiteur dirigée contre un tiers acquéreur à titre onéreux complice de la fraude, action née de l'*interdictum unde vi* contre l'auteur de la dépossession violente. Il n'y a guère d'intérêt à distinguer ces deux classes d'actions relativement aux effets qu'elles produisent contre le défendeur. Elles s'éteignent par la mort du coupable; elles ne

l'action *de dolo* (1). L'action est exercée. Le rapport nouveau qui se forme entre les parties est dans tous les cas purement contractuel ; ses effets sont perpétuels et transmissibles. *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (2). Il fallait stimuler à agir promptement, provoquer la manifestation d'un ressentiment personnel, atteindre le coupable vivant. C'est pour cela que l'action avait été rendue temporaire. Le résultat est obtenu ; le droit reprend son caractère normal de perpétuité.

Un fils de famille ayant un pécule profectice a commis un délit privé. Le père de famille ne saurait être poursuivi *de peculio* à raison de ce délit. Car il n'a autorisé son fils à disposer des valeurs du pécule que par des actes et pour des buts licites. Mais si le fils de famille a préalablement été condamné, sa dette a subi une transformation ; elle est devenue contractuelle ; le père peut être poursuivi *de peculio* par l'*actio judicati* et pour l'exécution de la condamnation. Cela paraît au premier abord très subtil. Mais il était utile de poser la règle que le père de famille ne répond sur le pécule que des actes licites, notamment à l'égard des esclaves qui ne peuvent pas, comme les fils de famille, être poursuivis et condamnés. Il était pourtant équitable que la condamnation prononcée contre le fils s'exécutât sur le pécule. Le fils échappe ainsi à la contrainte par corps, et la concession du pécule a moins pour but de favoriser l'activité du fils à l'avantage du père, que de conférer au fils la base et les moyens d'une indépendance de vie, qui emporte assez justement la responsabilité des mauvaises comme des bonnes actions (3).

C'est surtout pour opérer le transport des droits de créance et des obligations que les Romains ont utilisé le principe que la litiscontestation épuise le droit ancien et reconstitue un droit nouveau.

---

se donnent pas contre l'héritier, si ce n'est *quatenus locupletior factus est e maleficio*. Ulp. f. 17. § 1. Gaius. f. 26. Dig. 4. 3. *De dolo malo*. — Venuleius. f. 11. Dig. 42. 8. *Quæ in fraudem*. — Ulp. f. 3. § 48. Dig. 43. 16. *De vi*. — Paulus. f. 127. Dig. 50. 17. *De reg. juris*. Mais, à d'autres points de vue, à l'égard du demandeur, la distinction est importante. Celui qui, victime de plusieurs délits, même renfermés dans un seul fait, voit s'ouvrir à son profit plusieurs actions bilatéralement pénales, peut cumuler le bénéfice des condamnations. Hermog. f. 32. Dig. 44 7. *De oblig. et act.* Celui qui est victime d'un délit commis par plusieurs coupables de concert, peut obtenir autant de condamnations et toucher autant d'amendes qu'il y a de coupables. Diocl. et M. l. 1. Cod. 4. 8. *De cond. furt.* Au contraire, le concours de plusieurs actions tendant à indemniser une personne lésée, n'aboutit jamais au cumul, alors même que le fait dommageable est l'œuvre de plusieurs délinquants. Ulp. f. 17. pr. Dig. 4. 3. Nous nous sommes occupé d'actions provenant de faits illicites. Les actions nées d'un contrat sont perpétuelles et se donnent contre les héritiers *in solidum*, même pour la réparation d'une faute ou d'un dol commis dans l'exécution de ce contrat. Paul. f. 49. Dig. 44. 7. *De oblig. et act.*

(1) Inst. 4. 12. pr. Explic. n° 2243. — (2) Gaius. f. 139. pr. Dig. 50. 17. — (3) Ulp. f. 3. § 11. Dig. 15. 1. *De pecul.*

Le cessionnaire d'une créance, *procurator in rem suam*, devient, par la litiscontestation, titulaire du droit nouveau contre le débiteur cédé, et le cédant est du même coup désinvesti du droit primitif (1).

Une personne doit ou veut prendre à sa charge l'obligation qui pèse sur autrui. Elle intervient au procès, prend le rôle de défendeur. Au moment où l'instance est organisée, le débiteur primitif est libéré, et l'obligation née du procès pèse sur celui qui y figure comme *procurator in rem suam*. La *procuratio in rem suam* sert aussi bien à transporter des obligations qu'à transporter des créances. Le créancier qui change de débiteur y consent plus ou moins librement; mais il est, en général, suffisamment garanti par la satisdation *judicatum solvi* (2).

Notons que les sûretés qui garantissaient la première dette sont presque toutes rattachées de plein droit à la nouvelle obligation née du *judicium acceptum* ou contrat judiciaire. La litiscontestation, en principe, améliore, loin d'empirer, la condition du demandeur (3).

Ce système, étrange peut-être dans son principe, ingénieux et utile dans ses conséquences, subsiste-t-il sous Justinien? Non pas sans modification, mais il subsiste dans ses traits principaux.

On dit parfois que la litiscontestation n'a plus de puissance extinctive ou consommatoire des droits antérieurs. Si l'on exprime par là que la litiscontestation n'opère plus jamais extinction *ipso jure*, cela est certain et découle de la disparition des *judicia legitima*. Si l'on pense que la litiscontestation n'épuise plus, ne transforme plus le droit déduit en justice, cela nous semble exagéré.

Si, sous Justinien, les actions de temporaires ou viagères deviennent perpétuelles, ce qui signifie que les actions d'une existence exceptionnellement abrégée deviennent trentenaires; si le père de famille peut être forcé de subir *de peculio* les condamnations pénales prononcées contre le fils, il convient, pour rester fidèle au langage des textes insérés dans les compilations du Bas-Empire, de l'expliquer par la transformation du droit déduit en justice.

La litiscontestation a, en outre, conservé la puissance de transporter les obligations d'une personne à une autre, de changer dans un rapport obligatoire le créancier ou le débiteur lorsqu'intervient au procès un *procurator in rem suam*. Cette sorte de novation judiciaire n'a pas été modifiée par Justinien. Elle implique dans les idées romaines une extinction et une renaissance d'obligation.

---

(1) Voy. notre appendice sur le transport des créances. App. 11, liv. 3. — (2) Paul. f. 45. pr. et § 2. Dig. 17. 1. *Mandati*. — Just. l. 1. § 10. Cod. *De rei ux. act*. 5. 13. — Pomp. f. 23. Dig. 46. 3. *De solut*. — Fr. Vat. § 317. Gaius. Com. 4. § 101. Ulp. f. 29. Dig. *De proc*. 3. 3. — (3) Paul. f. 29. Dig. *De nov*. 46. 2. Paul. f. 86. f. 87. Dig. *De regulis juris*. 50. 17.

La *litis contestatio*, même relativement à une action perpétuelle, même sans aucun changement de personnes dans le rapport de droit litigieux, produit encore un certain épuisement du droit de plaider, puisque l'une des parties n'est plus libre d'abandonner arbitrairement l'instance commencée, pour en introduire une autre, en vertu du même droit, contre le même adversaire, dans des conditions différentes de temps et de juridiction. A ce point de vue, on concevrait que l'*exceptio rei in judicium deductæ* subsistât sous Justinien pour remplir l'office de notre exception de litispendance.

Arrivons à la réforme qui a suggéré l'idée que la litiscontestation n'est plus extinctive. D'après le droit classique, dans la dette corréale, une seule action était donnée. Une poursuite judiciaire épuisait le droit. Cet effet de la litiscontestation se produisait au point de vue actif, à l'égard des *correi stipulandi*, de même qu'au point de vue passif, à l'égard des *correi promittendi*. Justinien a décidé que, au point de vue passif (remarquons le bien), il y aurait autant d'actions, il y aurait faculté d'agir autant de fois qu'il y aurait de débiteurs obligés corréalement. Une seule poursuite n'épuise plus le droit du créancier (1). — Cela est vrai. Faut-il en conclure que la *litis contestatio* ait à tous égards perdu sa puissance extinctive? S'ensuit-il notamment que, de plusieurs *correi stipulandi*, chacun ait une action, que l'action intentée par l'un ne soit plus un obstacle à toute poursuite de la part des autres? Non certainement. Cette solution est inadmissible. Le débiteur tenu d'une dette unique ne saurait être exposé à des poursuites et à des condamnations multiples; car alors la diligence du créancier qui a le premier agi serait stérilisée par une poursuite ultérieure et par la faculté pour le débiteur de choisir celui de ses créanciers aux mains duquel il opérerait le paiement (2). Donc, sous Justinien encore, de plusieurs *correi stipulandi* un seul peut agir; par la *litis contestatio* que l'un engage, le droit

(1) JUST. l. 28. C. *De fidej.* 8. 41. *In duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium non fieri.* Nous nous servons du langage également usité, en présentant comme une atteinte à la puissance extinctive de la *litis contestatio* l'innovation de Justinien relative aux *correi promittendi*. Dans notre manière de voir, il serait plus exact de s'exprimer ainsi : La loi n'accordait, pour une obligation unique contractée par plusieurs *correi promittendi* ou plusieurs *correi stipulandi*, qu'une seule action. Si, après la *litis contestatio* engagée par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs, aucune autre action n'était possible, relativement à cette dette, cela dérivait de la nature de l'obligation corréale et non pas de l'effet extinctif de la litiscontestation. Justinien a changé la règle applicable à l'obligation corréale. Il n'a, dans la loi 28 C. 8, 41, modifié en rien la vertu de la *litis contestatio*. Le résultat obtenu est très-conforme à cette idée que la litiscontestation, loin d'empirer, améliore la situation du demandeur. Ainsi disparaît le principal argument en faveur de l'opinion que la litiscontestation a perdu au Bas-Empire sa puissance extinctive. LABBÉ sur MACHELARD, *Dissert.* 1882, p. 317. — (2) Cod. civ. art. 1198.

des autres est épuisé. Or, sur quoi appuyer cette solution nécessaire, si ce n'est d'abord sur le silence de la Constitution de Justinien, et, en outre, sur l'ancien principe des effets de la litiscontestation?

Toutefois, comme la péremption d'instance ou le triomphe d'une fin de non recevoir ne paraît plus être un obstacle au renouvellement du procès avorté, on peut dire que l'effet novatoire du *judicium acceptum* est maintenant subordonné au dénoûment normal d'une instance, à une décision du juge sur le fond du droit, et que, somme toute, c'est le respect de la chose jugée, plus que l'effet consommatoire de la litiscontestation, qui s'oppose à ce qu'un droit déjà déduit en justice reparaisse une seconde fois devant un juge. L'*exceptio rei in judicium deductæ* a pu presque entièrement disparaître et s'effacer devant l'*exceptio rei judicatæ* (1). C'est un tempérament notable apporté à la rigueur de l'ancien principe, sans en être le renversement.

Un autre changement mérite d'être signalé.

Il semble résulter de quelques monuments législatifs du Bas-Empire 1° que l'interruption de la prescription se réalise par l'introduction de la demande en justice, sans attendre la litiscontestation; cela est raisonnable; le demandeur a fait preuve de diligence (2); — 2° que, par le même motif, à partir de la même époque, les actions temporaires et viagères deviennent perpétuelles et transmissibles (3).

En résumé, les effets attachés à la litiscontestation ont été modifiés. Distribués entre les différentes parties de l'instance, ils commencent à se produire dès la demande et se consolident par le dénoûment normal, la sentence du juge sur le fond du droit. Mais l'idée que, par la litiscontestation, le droit déduit en justice s'épuise, se transforme, se renouvelle, n'a jamais été complétement abandonnée. Subtile en son point de départ, elle aboutit à des conséquences pratiques justes et utiles.

J. E. L.

---

(1) Inst. 4. 6. § 33. Explic. n° 2158. Just. l. 13. § 1. Cod *De judiciis*. 3. 1. Just. l. 1. § 1. *In fine*. Cod. *De annali exceptione*. 7. 40. — (2) Hon. et Théod. l. 3. Cod. 7. 39. *De præs*. xxx, *Nisi allegato sacro rescripto vel aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio*. Or, la *conventio* précède la *litis contestatio*. — (3) Arcad. et Hon. l. 1. Justin. l. 2. Cod. 1. 20. *Quando libel. principi datis*.

# APPENDICE II. (N° 2135.)

## DES ACTIONS DE DROIT STRICT ET DES ACTIONS DE BONNE FOI.

Aucune disposition du droit romain n'a donné lieu, croyons-nous, à plus d'appréciations fausses que la distinction des actions ou des contrats de droit strict et de bonne foi. Que des contrats s'interprètent, s'exécutent, contrairement à l'équité et à la bonne foi, cela semble un principe que la législation d'un peuple un peu civilisé aurait dû répudier.

La distinction des contrats en contrats de droit strict et contrats de bonne foi a eu une signification et une portée très-différentes aux différentes époques du droit romain.

Dans une première période, le droit civil règne exclusivement et le formalisme est en pleine vigueur.

La volonté de l'homme réglant ses intérêts avec ses semblables n'a de force que lorsqu'elle a été revêtue de la forme consacrée, et la forme accomplie par des personnes saines d'esprit est efficace indépendamment de toute circonstance extérieure. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (1). Ce que la parole a exprimé dans la *nuncupatio* qui accompagne l'opération de l'*æs* et de la *libra*, ou dans la stipulation, est le droit. Le stipulant doit préciser ce qu'il veut; le promettant doit réfléchir avant de parler. Celui-ci doit déjouer les ruses dont il pourrait être victime, résister à la menace. Ce qui est contenu dans la forme consacrée, dans les paroles solennellement échangées, est dû, rien de plus, rien de moins.

Le procès est rendu simple par la précision des formes qui fixent le droit. Quand le prêt d'argent s'est dégagé du *nexum, gestum per æs et libram,* et s'est formé par une simple *datio mutui,* il a retenu le caractère d'un contrat de droit strict. L'obligation de l'emprunteur a été exactement proportionnée à l'étendue de la *datio* (2).

Cette rigueur s'efface, et des règles plus indulgentes sont admises dans des hypothèses qui deviennent, avec le temps, de plus en plus nombreuses. Dans le contrat de fiducie, dans les contrats réels conclus sans solennité (sauf le *mutuum*), dans les contrats consensuels, le principe est tout autre. La volonté se recherche et se constate d'après des indices quelconques. Le juge est autorisé à suppléer des volontés non exprimées, d'après l'équité et l'usage; à tenir pour non avenue une volonté détermi-

---

(1) Loi des douze tables, tab. Sext. — (2) M. Accarias. *Précis*, n° 584.

née par une crainte excusable, ou des manœuvres frauduleuses. Les rapports des parties sont réglés conformément à la bonne foi (1).

En cet état du droit, l'opposition entre l'action du droit strict et l'action de bonne foi présente un contraste choquant. Le débiteur, qui peut, dans l'une, se soustraire à son obligation en invoquant le dol de son adversaire, ne le peut pas dans l'autre.

Cet état n'a pas duré longtemps. L'exemple de la plus grande latitude accordée au juge, et de la prise en considération de l'équité dans les contrats de bonne foi, a, sans doute, réagi sur les principes applicables aux contrats de droit strict. Dans toute action *stricti juris,* une exception introduite à la demande et dans l'intérêt du défendeur a élargi les pouvoirs du juge. Le défendeur peut, grâce à cette modification dans la formule, proposer tous les moyens d'équité propres à le faire absoudre. L'action de droit strict est, par l'insertion de l'exception de dol, en quelque sorte convertie en une action de bonne foi au profit du défendeur (2).

La législation est entrée dans une phase nouvelle. La différence entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi s'explique par une considération rationnelle.

Les contrats restés sous l'empire du droit strict sont les contrats unilatéraux. La stipulation, même appliquée à des affaires destinées à procurer aux parties des avantages réciproques, isole chaque obligation et offre l'aspect d'un créancier en face d'un débiteur sans aucune condition de réciprocité. — Dans les contrats unilatéraux, la protection légale a paru devoir s'adresser à une partie plus secourablement qu'à l'autre. Cette inégalité devant la justice répare une inégalité antérieure. Dans la négociation le créancier a presque toujours une supériorité sur l'autre; il formule ses demandes, il dicte une loi que l'autre subit. Le législateur prend le débiteur sous sa protection spéciale. — Les contrats synallagmatiques ont un caractère différent; les parties sont, le plus souvent, dans une condition égale, dans une situation indépendante l'une à l'égard de l'autre. Chaque partie a par devers elle, à sa disposition, un élément de fortune. La discussion roule sur l'équivalence des prestations réciproques. Le législateur croit pouvoir rester neutre et place les contractants sous la loi commune de l'équité.

En résumé, le défendeur peut, en toute espèce d'action, saisir le juge des questions favorables à sa cause; la nécessité de faire insérer parfois une exception dans la formule ne constitue pas une rigueur notable (3).

---

(1) Ulp. f. 31. § 20. Dig. 21. 1. *De ædil. edicto : Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis insunt.* — (2) Papin. f. 42. Dig. 39. 6 *De mort. c. don. Doli non inutiliter opponetur exceptio; — bonæ fidei autem judicio constituto.* (3) Arg. Jul. f. 66, Paul. f. 112. Dig. 50. 17 *De reg. juris.*

L'action de droit strict n'a plus de sévérité que contre le demandeur; la nature de contrat de droit strict n'est à redouter que pour le créancier. Cette sévérité s'explique par l'intention de protéger le débiteur dans les circonstances où il traite avec le moins de liberté d'esprit (1).

Vous avez prêté en *mutuum*, vous avez avancé une somme sans doute humblement sollicitée; vous ne pouvez réclamer un bénéfice au delà de la somme comptée, soit des intérêts en compensation de l'utilité procurée à l'emprunteur, soit des intérêts moratoires en cas de retard fautif apporté à la restitution, que si vous avez pris soin de les stipuler, que si, par cette mesure, vous avez averti le débiteur de l'aggravation possible de sa dette (2).

Vous avez, à l'occasion d'une affaire quelconque, déduit votre droit de créance en stipulation. Vous avez formulé et circonscrit votre droit, vous n'avez dû laisser en dehors de votre interrogation solennelle rien de ce que vous vouliez exiger. Les circonstances ne vous fourniront aucun argument pour augmenter votre créance, et les mêmes circonstances seront invoquées par le promettant, *exceptionis ope*, pour échapper par une raison d'équité à sa promesse (3). Le demandeur ne saurait exiger, outre la chose due, des *accessiones*, même *ex mora*, s'il ne les a pas stipulées; il ne saurait reprocher au débiteur, dans la conservation de la chose, un défaut de soin qui n'a pas fait l'objet d'une mention spéciale dans la stipulation (4). Mais le défendeur peut exciper de ce que sa volonté a été déterminée par crainte ou par une erreur grave, ou par une erreur produite par un dol de son adverse partie; de ce que son obligation toute formelle n'a pas de cause naturelle; de ce qu'il est, fût-ce *natura*, créancier du demandeur (5).

Voilà ce que sont devenus les contrats et les actions de droit strict. La législation romaine, en cette période de son complet développement, nous offre, non le type d'une législation qui exclut l'équité, la bonne foi de certaines affaires, qui fait prévaloir la forme sur le fond, mais le type d'une législation qui, dans les affaires où la situation des parties ne paraît pas égale, protège le débiteur contre le créancier, écoute la voix de l'équité pour soulager le débiteur du poids de sa dette, jamais pour augmenter les droits du créancier.

Tel est le point de vue auquel il convient d'examiner et d'apprécier la distinction des contrats de droit strict et de bonne foi.

---

(1) Celsus. f. 99. pr. Dig. 45. 1. *De verb. oblig. Secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba lati concipere.* — (2) Ulp. f. 11. § 1. Dig. 12. 1. *De reb. cred.* — (3) Celsus. f. 99. pr. Dig. 45. 1. *De verb. obl. Quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.* — (4) Paul. f. 38. § 7. Dig. 22. 1. *De usuris.* — Le terme *restituere* a un sens large et très compréhensif. Arg. §§ 4. 5. 6. de la loi précitée. — Paul. f. 91. pr. Dig. *De verb. oblig.* 45. 1. — (5) Inst. 4. 13. §§ 1. 2. 3. Ulp. f. 6. Dig. *De comp.* 16. 2.

Ajoutons que lescontrats de droit strict, surtout le plus important, le plus usité, la stipulation, ne répugnent nullement à l'équité; ils admettent et comportent tous les tempéraments de l'équité; ils exigent seulement que les volontés des parties à cet égard soient expresses et formelles : voilà tout. Après avoir constitué sa créance principale, une personne prévoyante peut stipuler que le débiteur gardera la chose due avec diligence jusqu'à livraison; elle peut stipuler que le débiteur l'indemnisera de tout dol que celui-ci aurait commis lors de la négociation ou dans l'exécution du contrat (1). Les parties peuvent insérer dans une stipulation que les conséquences de la promesse seront réglées selon l'arbitrage d'un homme de bien (2).

La prudence des parties fait, dans les contrats de droit strict, ce que la sagesse des prudents ou des juges fait d'office dans les contrats de bonne foi. L'imprévoyance n'est préjudiciable, dans les premiers, qu'au créancier.

La distance qui sépare ces deux classes de contrats n'est pas aussi considérable qu'elle le paraît à une vague et rapide inspection (3).

J. E. L.

---

## APPENDICE III. (N° 2093).

### DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque, malgré son nom d'origine grecque, est véritablement une création du génie romain. L'expression latine *obligatio rei* est plus ancienne, plus caractéristique que celle d'hypothèque. Si elle avait prévalu dans l'usage à l'exclusion du mot hypothèque, le langage aurait été d'accord avec la vérité historique. Essayons de montrer comment, par des progrès successifs dans la matière des sûretés réelles, la jurisprudence romaine est arrivée à construire le droit que nous appelons hypothèque.

Passons rapidement sur les commencements, qui sont bien connus.

La première manière de corroborer une dette par une affectation réelle a consisté dans la translation au créancier de la

(1) Jul. f. 53. Dig. 45. 1. *De verb. oblig. Stipulationes commodissimum est ita componere ut quæcumque specialiter comprehendi possint, contineantur : doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertinent.* — (2) Ulp. f. 43. Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* Ulp. f. 71. § 1. f. 73. Dig. 50. 16. *De verb. sign.* Ulp. f. 1. pr. Dig. 7. 9. *Usufruct. quemadm. cav.* Hauriou. Dissert. *Revue hist.* 1882. — (3) Papin. f. 24. Dig. 16. 3. *Depositi... Ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

propriété d'un bien que le créancier s'obligeait à rendre après payement de la dette. On faisait une mancipation avec contrat de fiducie (1). Ce procédé avait de l'analogie avec la vente à réméré, forme sous laquelle le gage se dissimule encore aujourd'hui pour se soustraire à certaines règles prohibitives. — Le créancier avait une sécurité juridiquement complète; il pouvait même ne pas s'embarrasser de la possession et de la garde de la chose, laisser au débiteur l'usage de la chose jusqu'à l'échéance. Il était propriétaire; il avait l'action en revendication. — Le débiteur (2) était dans une moins bonne situation. Après avoir payé, il n'avait, pour récupérer la propriété de son bien, qu'une action personnelle; action contre le créancier; point d'action contre les tiers auxquels la propriété aurait été transmise.

Afin de mieux ménager l'intérêt du débiteur, le contrat de gage a été inventé. La possession seule et non plus la propriété est transférée au créancier (3).

La possession, qui, dans son essence première, est un pur fait, passager, individuel, a fini par être considérée et traitée comme un objet de droit, matière d'actes juridiques. Elle se donne; elle se transmet; elle se confie; elle se recouvre; elle procure des avantages qui peuvent se distribuer entre plusieurs personnes (4).

La possession a été employée comme sûreté d'une dette. Le créancier reçoit la possession; il n'a pas l'*animus sibi habendi*, et il a presque tous les avantages de la possession exercée *animo domini*. Il a par transmission, par dérivation, disait M. de Savigny, la possession qu'avait le débiteur. Il possède à son profit à presque tous égards; il possède pour le débiteur à un unique point de vue, afin de permettre à celui-ci de continuer une usucapion commencée (5). Des effets de la possession, le plus important pour le créancier, c'est l'exercice des interdits qui protégent le possesseur contre les troubles et les voies de fait. Sa sûreté consiste dans la possession; il a, en tant que possesseur, le moyen de se défendre ou de triompher des attaques des tiers, sans attendre, comme un locataire ou un commodataire, le bon vouloir et les bons offices de son auteur, ici du débiteur. Il y a plus; il est possible que le trouble, que la dépossession vienne du débiteur lui-même; le créancier use des interdits même contre ce dernier.

---

(1) Gai. *Comm.* 2. §§ 59 et 60. — Paul. *Sent.* lib. 2. tit. 13. Inst. Explic., nº 2088. — (2) Dans le cours de notre exposé, nous supposerons toujours, *brevitatis causa*, que la constitution de la sûreté réelle émane du débiteur lui-même. Ce que nous dirons s'appliquera, *mutatis mutandis*, au cas moins fréquent où la sûreté réelle est constituée par un tiers pour le débiteur. — (3) Inst. Explic. nºˢ 1225 et suiv. — (4) Ulp. f. 46. Dig. 24. 1. *De don. int. vir. et ux.* — Scæv. f. 14. § 1. Dig. 44. 3. *De div. temp.* — Gaius. f. 9. Dig. 43. 26. *De prec.* — Gai. *Comm.* 4. § 143, § 154. — Paul. f. 15. § 1. Dig. 12. 6. *De cond. ind.* — Ulp. f. 25. § 1. Dig. 47. 2. *De furt.* — (5) Javol. f. 16. Dig. 41. 3 *De usucap.*

Ce partage des effets de la possession est anormal; l'un usucape, l'autre a les interdits. Cette singularité a choqué les théoriciens; elle s'explique, suivant nous, par des raisons d'utilité pratique; ces raisons touchaient les Romains plus que toutes autres. — Le débiteur usucape. Quoi d'étonnant? C'est dans l'intérêt des deux parties. L'usucapion, en rendant le débiteur propriétaire, augmentera la sûreté du créancier. — Le créancier a les interdits contre tous ceux qui le troublent. Il fallait qu'il les eût pour sa sûreté. Le créancier, une fois le prêt effectué, n'a aucun zèle pour sa défense à attendre du débiteur.

Dans le gage, la sécurité du créancier est sérieuse et solide; la situation du débiteur est meilleure que dans la fiducie. Après le payement de la dette, le débiteur, pour recouvrer sa chose, a non-seulement une action personnelle contre le créancier, mais l'action réelle, comme propriétaire (1), à l'encontre de tous détenteurs.

La combinaison est ingénieuse; elle est satisfaisante au premier abord. Elle entraîne pourtant des inconvénients pratiques, même des inconvénients évités dans la fiducie.

Le débiteur, du jour du contrat au jour de l'échéance, est privé de l'usage de la chose engagée. L'usage dont le débiteur est privé, parce qu'il ne possède pas, ne profite à personne; car le créancier qui possède n'y a point droit (2).

En outre, le créancier a la garde ou l'administration de la chose à lui remise; il doit y donner les soins d'un bon père de famille; il est responsable, il doit une indemnité s'il commet une faute préjudiciable ou s'il omet des soins conformes à la diligence d'un bon administrateur. La chose est-elle frugifère? il doit la cultiver, en percevoir les fruits. Soins, peines, soucis, responsabilité, sans rémunération, puisque, somme toute, il n'obtient que

(1) Si, d'ailleurs, il est propriétaire de la chose par lui engagée. Nous rencontrons ici l'opposition fréquente entre le droit réel et le droit de créance, entre l'action personnelle et l'action réelle. L'action réelle offre sur l'action personnelle née d'un contrat, l'avantage de pouvoir être exercée contre le possesseur, quel qu'il soit, de la chose litigieuse. Mais est-elle douée d'une énergie plus grande que l'action personnelle à l'encontre du défendeur pour procurer satisfaction au demandeur? Il semble que non, sous le système formulaire, puisque toute condamnation est pécuniaire, puisque tout demandeur qui triomphe devient créancier d'une somme d'argent. Cela n'est pas absolument exact. Le possesseur, défendeur à une action réelle, était tenu, dès le début du procès, sous peine de perdre la possession immédiatement transférée au demandeur, de fournir la satisdation *judicatum solvi*. Explic. nº 2316. Le demandeur, dans l'action réelle, était donc prémuni contre l'insolvabilité du défendeur condamné, comme ne l'était pas, en général, le demandeur dans l'action personnelle. En outre, lorsque l'*arbitrium* du juge a pu être, pour réaliser des faits matériels, sanctionné par la *manus militaris*, la différence entre l'action réelle et l'action personnelle a été plus sensible; le demandeur qui a été jugé investi d'un droit réel, a pu obtenir une mise en possession de l'objet de son droit. Le créancier d'un corps certain ne jouit pas de cet avantage. — (2) Inst. liv. 4 tit. 1. § 6.

ce qui lui est dû d'ailleurs, en vertu de la dette garantie (1).

Ces inconvénients ont été atténués par différentes clauses. Les plus curieuses à connaître sont les suivantes :

I. Le pacte d'antichrèse. — Il peut être convenu entre les parties que le créancier aura les fruits ou l'usage de la chose engagée, à la place des intérêts de la dette, par une sorte d'échange ou de compensation en bloc et à forfait (2).

*a.* Les fruits : la récolte est plus ou moins abondante ; le créancier en profite ou en souffre (3). Si la diminution provient de la négligence du créancier, il n'en est pas responsable. En tout cas, un compte de fruits, compte minutieux et difficile, est évité.

*b.* L'usage : c'est une maison d'habitation ; le créancier l'habitera ou la louera et percevra le loyer. L'usage de la chose engagée sera ainsi utilisé (4).

II. La concession en précaire. — Le créancier, pour rendre au débiteur l'émolument de l'usage et se délivrer de tout souci de surveillance, peut rétrocéder la possession au débiteur en précaire (5). Ceci introduit dans les rapports des parties une complication extrême. Le débiteur tient la possession du créancier qui la tenait lui-même du débiteur. Nous voyons un propriétaire (le débiteur peut l'être) avoir sa chose en précaire, *precarium suæ rei* (6). Le débiteur qui a reçu une possession précaire, prétend continuer à usucaper, s'il était antérieurement *in causa usucapiendi* (7) ; il le peut. La validité de cette combinaison a été contestée ; elle a triomphé des objections (8).

Le débiteur obtenait ainsi un avantage d'une durée incertaine, à cause de la révocabilité du précaire.

Ces inventions de la pratique prouvaient que, dans la plupart des cas, il était de l'intérêt des parties que la chose affectée à la sûreté d'une dette restât aux mains du débiteur, du jour du contrat jusqu'à l'échéance. Les prêteurs ont essayé de donner satisfaction à cet intérêt par un procédé simple, muni d'une sanction énergique. Les préteurs ont promis, à la seule condition qu'un pacte aurait assigné une chose à la garantie d'une dette, de donner au créancier une action *in rem*, une sorte de revendication, au moyen de laquelle, à l'échéance, à défaut de paye-

---

(1) Ulp. f. 13. § 1. — Ulp. f. 24. § 3. — Ulp. f. 25. Dig. 13. 7. *De pignor. act.* — (2) Marc. f. 33. Dig. 13. 7. — Marc. 11. § 1. Dig. 20. 1. *De pign.* — (3) Cette incertitude rend inapplicable la loi sur le maximum des intérêts conventionnels. Philip. l. 17. Code 4. 32. *De usur.* — (4) L. 11. § 1. Dig. 20. 1. Quand le créancier habite lui-même, la loi sur le taux des intérêts ne s'applique point. Il est réputé devoir et garder, à titre d'intérêts, un loyer que les parties peuvent licitement fixer à un chiffre plus ou moins élevé. Alex. f. 14. Code 4. 32. — Quand le créancier loue et touche un loyer, que décider? Les textes sont muets. — (5) Florent. f. 35. § 1. Dig. 13. 7. *De pign. act.* — (6) Ulp. f. 45. pr. Dig. 50. 17. *De reg. juris.* — (7) Jul. f. 36. Dig. 41. 2. *De acq. pos.* — (8) Ulp. f. 6. § 4. Dig. 43. 26 *De prec.*

ment, il se ferait mettre en possession. C'est ce que les jurisconsultes ont appelé *obligatio rei* ou *hypotheca* (1).

L'hypothèque, à sa naissance, peut être définie : un droit réel qui autorise un créancier à se faire mettre en possession d'une chose. Le créancier hypothécaire participe à cet attribut de la propriété qu'on nomme le *jus possidendi* (2).

Le progrès est continu et intéressant à suivre.

La sûreté du créancier a d'abord consisté dans la propriété d'un bien à charge de restitution. C'était dépasser le but à l'avantage du créancier. Puis la possession a été substituée à la propriété comme garantie. C'était mieux, d'un équilibre plus parfait entre les intérêts des parties, mais gênant pour tout le monde. Enfin une simple convention confère au créancier une action réelle, c'est-à-dire une fraction de la propriété découpée de façon à répondre exactement au but : prémunir le créancier contre la chance du non-payement à l'échéance.

Le débiteur, tant qu'il jouit d'un délai, tant qu'il n'est pas en faute, conserve la chose et l'utilise, non en vertu d'une grâce, mais en vertu d'un droit.

Le créancier, délivré jusque-là de tout souci de garde et d'administration, est assuré d'acquérir la possession au moment où la garantie lui sera nécessaire. Il n'a pas à redouter que le débiteur, demeuré propriétaire, ait disposé entre temps de la chose ; il a un droit réel, une action efficace contre les ayant-cause du débiteur, aussi bien que contre le débiteur lui-même, et à plus forte raison contre tout usurpateur.

L'action hypothécaire procure, après coup et en temps opportun, au créancier, une situation identique avec celle que le créancier gagiste a, dès l'origine du contrat, d'une façon presque toujours inutilement prématurée.

L'introduction de l'action hypothécaire a réagi sur la condition du créancier gagiste et l'a améliorée. Le contrat de gage, qui

(1) INST. liv. 4. tit. 6. § 7. Explic. nos 2087 à 2103. — (2) D'excellents auteurs indiquent, parmi les attributs essentiels de l'hypothèque, le droit de suite ; nous plaçons la même idée sous l'expression : droit réel. Nous y trouvons l'avantage de montrer que le droit de suite ne résulte ni plus ni moins de l'hypothèque que de tout autre démembrement de la propriété. Une observation est toutefois à faire : c'est que, dans l'hypothèque, le droit de suite, autrement dit l'action *in rem*, a une importance toute particulière. Le propriétaire, mis en général en possession lorsqu'il acquiert, exerce le plus souvent son droit sur la chose sans lutte contre personne. L'occasion d'exercer l'action en revendication pour lui est rare. Le créancier hypothécaire a son droit en vertu d'une simple convention. Quand il songe à exercer son droit, l'échéance de la dette est venue ; le payement volontaire n'a pas été effectué ; il entre en lutte avec le débiteur ou avec des tiers ; l'invocation du droit réel, l'exercice de l'action *in rem* est, de la part du créancier, la première manifestation de son droit. Presque toute l'utilité de son droit se résume dans la poursuite qu'il intente contre le possesseur de la chose, par conséquent dans le droit de suite. Voy. M. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, p. 692 et suiv.

suppose, outre une convention, une remise de la chose, renferme déjà et tout au moins une convention d'hypothèque, c'est-à-dire un accord de volontés affectant un bien à la sûreté d'une dette. Il en résulte que, si le créancier gagiste perd la possession, il a le droit d'agir comme créancier hypothécaire; il peut se faire délivrer l'action *in rem* quasi servienne. C'est le sens de la phrase des Instituts : *Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest*.

Quel avantage le créancier y trouve-t-il, puisque les voies possessoires en recouvrement de la possession perdue lui sont déjà ouvertes? Il semble même que les interdits récupératoires lui offrent, quant à la preuve et à la nature du débat, une position meilleure. Il prouvera seulement qu'il a été en possession; il écartera du débat toute prétention que l'adversaire élèverait à la propriété. La question de propriété est en dehors du litige; elle est réservée.

L'action hypothécaire exige, il est vrai, du demandeur une preuve plus difficile; à savoir : que la chose était *in bonis debitoris* au moment de la convention (1). Mais elle a cette supériorité sur les interdits possessoires qu'elle est *in rem* et perpétuelle. Au contraire, l'*interdictum de vi* n'a d'efficacité que contre l'auteur de la dépossession violente. Si cet usurpateur violent s'est hâté de transmettre la possession à un tiers, il reste exposé à une condamnation pécuniaire à raison du délit qu'il a commis; mais l'*interdictum de vi* n'autorise pas celui qui a été *dejectus* à agir contre le nouveau possesseur, et le recouvrement de la possession ne pourra pas être obtenu par la voie possessoire (2).

Le créancier gagiste qui a perdu la possession peut-il exercer l'action hypothécaire avant l'échéance? L'affirmative semble contraire à la nature de cette action qui a été introduite pour assurer, mais aussi pour différer jusqu'à l'échéance l'entrée en possession du créancier. Nous l'adoptons néanmoins. Nous croyons que le moment où l'action hypothécaire, en d'autres termes, la revendication de la possession du gage, peut être exercée, dépend, non pas d'une règle de droit, mais de la volonté des parties. Un simple pacte est-il intervenu? Les parties ont manifesté l'intention de laisser le débiteur en possession jusqu'à l'exigibilité. La chose affectée à la dette a-t-elle été remise au créancier? Les parties ont voulu que le créancier possédât même avant l'échéance. L'action hypothécaire servira sans délai à lui faire recouvrer la possession perdue (3).

Nous avons suivi le développement du droit, de la fiducie jusqu'à l'hypothèque, sans parler du *jus distrahendi*. C'est qu'en

(1) GAIUS. f. 15. § 1. DIG. 20. 1. *De pign. et hyp.* — (2) PAUL. f. 7. f. 15. DIG. 43. 16. *De vi.* — (3) L. 14. pr. DIG. 20 1. *De pign. et hyp.* — Voy. cep M. MACHELARD, *Des interdits*, p. 125

effet, selon nous, ce droit de vendre n'est un attribut essentiel ni du *pignus* ni de l'*hypotheca*, du moins jusqu'à Justinien.

Le créancier, en tant que gagiste ou hypothécaire, en face du débiteur qui ne se libère pas, possède, soit que la possession lui ait été livrée dès l'origine, soit qu'elle ait été par lui conquise après l'échéance, au besoin par l'action hypothécaire. Il possède; il retient; il s'appuie pour ainsi dire sur son gage; *incumbit pignori*. Telle est sa sûreté dans la conception primitive des Romains.

Le débiteur doit et ne paye pas; le créancier possède et garde la chose affectée à sa garantie. Cette situation ne peut pas durer indéfiniment; elle doit avoir une issue, une conclusion.

Les Romains ont essayé de donner plusieurs solutions à ce conflit :

I. — Notamment par la *lex commissoria*. Les parties peuvent joindre au contrat de gage ou au pacte d'hypothèque une clause aux termes de laquelle, sous des conditions déterminées, par exemple au terme convenu, à défaut de payement, le créancier deviendra propriétaire, et la dette sera éteinte.

Cette clause comporte des variétés:

*a*. Le créancier deviendra propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant un prix fixé par une estimation lors de l'échéance. Le prix s'imputera jusqu'à due concurrence sur la dette. Cela n'est pas simple; comment l'estimation se fera-t-elle?

*b*. Le créancier deviendra propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant l'extinction de la dette, c'est-à-dire pour un prix égal au montant de la dette en principal et accessoires (1). La *lex commissoria*, dans la seconde forme que nous lui avons donnée, est extrêmement dangereuse pour le débiteur, et de nature à couvrir d'énormes abus. Le débiteur consent à tout lorsqu'il veut obtenir crédit, et la chose engagée peut avoir une valeur de beaucoup supérieure au montant de la dette garantie. Constantin a prohibé la *lex commissoria*, qui attribue la propriété sans estimation (2). Cet empereur ne parait pas avoir interdit la clause qui subordonne à une estimation faite après l'échéance la fixation du prix moyennant lequel le créancier sera réputé avoir acheté conditionnellement le gage (3).

II. — Et aussi par le *jus distrahendi*. Une bien meilleure solution de la difficulté a été trouvée dans une clause conférant au créancier le pouvoir de vendre et de se payer sur le prix. Les parties peuvent en effet, accessoirement au contrat de gage ou au pacte d'hypothèque, convenir que le créancier aura le pouvoir

---

(1) *Frag. Vatic.* § 9. La comparaison des effets de cette clause avec ceux de l'ancienne mancipation fiduciaire est curieuse. — (2) Const. l. 3. Cod. 8. 35. *De pact. pign.* — (3) Marcel. f. 16. § 9. Dig. 20. 1. *De pign. et hyp.* L'estimation est sans doute confiée à un tiers convenu d'avance entre les parties. Inst. 3. tit. 23. § 1.

de vendre et d'aliéner le gage après l'époque de l'échéance, si la dette n'est pas payée.

Dans la fiducie, le créancier avait aussi la faculté de vendre et le pouvoir d'aliéner; mais la clause dont nous parlons prévient à cet égard les dangers auxquelles la mancipation fiduciaire exposait le débiteur. Le créancier gagiste a le pouvoir d'aliéner, non pas comme propriétaire en vertu d'un droit absolu, mais en vertu d'une concession subordonnée à des conditions précises. En dehors de ces conditions, il est sans droit et sans pouvoir. Il faut tout au moins que le terme de la dette soit arrivé et que le créancier n'ait pas obtenu satisfaction; sinon, le créancier qui vend et livre, ne transfère pas la propriété; le débiteur a le droit de revendiquer (1).

La vente faite par le créancier à bon droit et en temps opportun amène une liquidation aussi heureuse que possible. Le créancier reçoit le prix et l'impute sur ce qui lui est dû; il est tenu de rendre l'excédant, si excédant il y a; en tout cas, il doit rendre compte de la disposition qu'il a faite du gage et répond de ses fautes. C'est l'objet de l'action *pignoratitia directa* (2).

La clause conférant le *jus distrahendi*, d'abord accidentelle et formellement exprimée (3), s'est généralisée, est devenue habituelle, *pactum vulgare* (4); elle a été sous-entendue. A l'époque d'Ulpien, tout créancier gagiste ou hypothécaire a le pouvoir de vendre, à moins qu'une clause formelle ne le lui ait interdit (5).

Cette ingénieuse combinaison de l'affectation d'un bien à la sûreté d'une dette et du pouvoir conditionnel de le vendre, est l'œuvre originale de la jurisprudence romaine. Elle constitue un grand progrès sur le gage et sur l'hypothèque, qui, sous leurs formes primitives, créaient une indisponibilité indéfinie ou appelaient les rigueurs de la *lex commissoria*. Elle réalise en sa plénitude l'idée que suggère l'expression *obligatio rei*. — La chose est un débiteur accessoire; elle doit procurer le payement. Le droit grec, d'où dérive l'hypothèque, paraît en être resté à l'attribution de la chose même, en propriété, au créancier; système imparfait et périlleux (6). Nous insistons sur ce point, afin que la

---

(1) JAVOL. f. 73. DIG. 47. 2. *De furt.* — ALEX. l. 5. COD. 8. 28. *De dist. pig.* — (2) Entre le créancier hypothécaire et le débiteur, les actions *pignoratitiæ* personnelles naissent du jour où le créancier entre en possession. ALEX. l. 4. COD. 4. 24. *De pign. act.* — DIOCL. ET M. l. 20. COD. 8. 28. Or, en général, le créancier hypothécaire se fait mettre en possession avant de chercher un acheteur, afin d'être en état de lui livrer la chose. DIOCL. 15. COD. 8. 28. — (3) GAI. *Com.* 2. 964. — JAVOL. f. 73. DIG. 47. 2. — (4) ALEX. l. 4. COD. 4. 24. — (5) ULP. f. 4. DIG. 13. 7. — GORD. l. 7. COD. 8. 28. — (6) Voy. une loi éphésienne du premier siècle avant notre ère, article de M. Rod. DARESTE, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation, *Nouv. rev. hist. de dr. f. et étr.*, année 1877, p. 182 et 173. « Pour passer de la vente à pacte « de rachat à l'hypothèque, il avait suffi de différer jusqu'à l'échéance l'attri- « bution de la propriété du gage au créancier — Ce premier pas fait, il en

dénomination grecque ne fasse pas croire que l'institution de l'hypothèque soit venue toute formée de la Grèce à Rome.

Selon le droit romain à l'époque classique, les parties pouvaient donner ou refuser au créancier le *jus distrahendi*. Elles pouvaient ramener le gage ou l'hypothèque à sa simplicité première et borner le droit du créancier à la possession (1). Nous pensons que Justinien a changé le droit à cet égard, et qu'il a fait du *jus distrahendi* un attribut essentiel du gage ou de l'hypothèque. Cela résulte à nos yeux d'une addition faite par les commissaires de Justinien à un fragment d'Ulpien, dans lequel la logique permet de séparer aisément ce qui est d'Ulpien de ce qui a été ajouté au Bas-Empire (2). Une clause interdictive de la vente ne sera donc plus respectée; elle aura pour seul effet d'imposer au créancier l'observation de quelques formalités plus nombreuses et plus lentes avant d'exercer le droit de vendre (3).

Pourquoi ne pas obéir à la volonté des parties qui ont expressément réduit la garantie du créancier à la possession? Probablement le motif est qu'il vaut mieux pour tout le monde, pour les parties et pour la société, que l'affaire soit liquidée. Depuis que la *venditio bonorum* a été remplacée par la *distractio bonorum*, le *jus distrahendi* peut, sans trop d'inexactitude, être considéré comme l'apanage de tout droit de créance. La manière de l'exercer diffère, il est vrai, notablement. Un créancier pur et simple doit recourir au magistrat; il fait vendre à l'avantage de tous les créanciers qui se font connaître en temps utile. Le créancier gagiste ou hypothécaire vend à son avantage exclusif. Mais, à l'égard du débiteur, le résultat n'est pas plus désastreux dans un cas que dans l'autre. Pourquoi le débiteur y mettrait-il obstacle?

L'hypothèque, qui, considérée comme démembrement de la propriété, était, en droit classique, une communication au créancier du *jus possidendi*, est, en outre, dans le dernier état du droit, une communication du *jus distrahendi*. C'est seulement en se plaçant au point de vue du droit du Bas-Empire qu'il est exact de faire figurer comme élément essentiel, dans la définition de l'hypothèque, le droit de préférence sur le prix.

L'hypothèque, résultant de la simple convention, permet d'affecter une même chose à plusieurs créanciers.

---

« restait un autre à faire, c'était de réduire le droit du créancier à un droit de « préférence sur le prix. Mais les Grecs ne l'ont pas fait. »

(1) Marc. l. 12. § 10. Dig. 20. 4. *Qui pot.* — Paul. f. 3. Dig. 20. 3. *Quæ res pig.* — L. 4. Dig. 43. 7. — Gord. l. 7. Cod. 8 28. *Non obstant* leg. 1 et 2, Cod. 8. 29. *Debit. vend. pig.* Ces deux lois supposent un débiteur qui, après avoir concédé le droit de vendre, signifierait ensuite une défense, prétendant avoir la liberté de révoquer un mandat, un pouvoir qu'il a donné. Un mandat qui fait partie d'un contrat principal est irrévocable comme le contrat principal même. — (2) L. 4. Dig. 13. 7. Le tribonianisme commence à ces mots : *Nisi ter*, etc. — (3) Une triple dénonciation, sans doute avec un intervalle de temps.

La chose entière est hypothéquée au second créancier sous la réserve du droit du premier créancier; elle est affectée à la sûreté du second, pourvu que le premier soit préalablement désintéressé (1). Il ne faut pas toutefois en conclure que le créancier second en rang n'ait qu'une hypothèque conditionnelle, inefficace tant que le premier n'est pas satisfait. Il est plus exact de dire que tout créancier hypothécaire a une hypothèque actuelle, efficace, nonobstant l'infériorité de son rang. Il a l'action hypothécaire, le *jus distrahendi*. Seulement il ne peut, en usant de ses droits, porter atteinte au droit des créanciers antérieurs. Aussi lorsque le créancier hypothécaire second en date intente son action *in rem*, non-seulement ni le débiteur, ni un tiers possesseur ne peuvent arrêter sa poursuite en arguant de ce que le droit du demandeur serait en suspens, parce que le premier créancier n'est pas désintéressé, mais encore ce premier créancier lui-même ne peut échapper à l'éviction qu'au moyen d'une exception fondée, non sur l'inefficacité du droit du demandeur, mais sur l'existence d'un droit réel d'hypothèque plus ancien et plus fort à son profit (2). Lorsque le second créancier, dont la créance peut être échue avant celle du premier, ayant réussi à se faire mettre en possession, a vendu et livré, la vente est valable, en ce sens que la propriété du débiteur est acquise au tiers acheteur, sous la réserve du droit du premier créancier. Celui-ci n'a qu'une ressource, exercer son action *in rem* contre le possesseur actuel de la chose à lui hypothéquée (3).

Les hypothèques constituées en différents temps sur une même chose sont des droits actuels, complets, doués seulement de forces inégales dans leurs rapports respectifs. Quand on dit que le premier créancier hypothécaire a seul le droit de vendre, cela exprime, avec exagération, cette vérité que seul il donne à son acheteur une sécurité parfaite (4).

---

(1) Gaius. f. 15. § 2. Dig. 20. 1. *De pign.* — (2) Marc. f. 12. pr. et § 7. Dig. 20. 4. *Qui pot.* — Nous disons que l'hypothèque constituée en second rang n'est pas conditionnelle parce qu'elle est seconde; mais les parties sont certainement libres de constituer une hypothèque conditionnelle, notamment sous la condition que l'hypothèque première en rang sera éteinte. Marc. f. 12. § 8. Dig. 20. 4. *Qui potiores.* Cela préservera le premier créancier hypothécaire des embarras que peut lui causer le conflit avec un créancier second, dont le droit serait coexistant, quoique plus faible. — Les parties peuvent aussi affecter au second créancier, non la chose entière, mais l'excédant de la valeur de la chose sur le montant de la première obligation hypothécaire, *hyperocha rei*. Tryph. f. 20. Dig. 20. 4. Il n'y a pas nécessité que le créancier second profite, par une extension de sa garantie, du paiement procuré au créancier par le débiteur. On comprend que la convention restreigne à tout événement la sûreté du créancier second à la valeur de la chose, nette et franche au moment de la constitution hypothécaire, valeur que le créancier a jugée suffisante et dont il s'est contenté. Voy. le système hypothécaire de la ville de Brême si habilement décrit par M. Challamel. — (3) Arg. Pap. f. 1. Dig. 20. 5. *De dist. pig.* — Arg. Diocl. l. 12. Cod. 8. 78. — Arg. Alex l. 1 et Gord. l. 2. Cod. 8. 46. *Cred. evict.* — (4) Diocl. et M. l. 8, Cod. 8. 18. *Qui pot.*

Les hypothèques établies sur un même bien à des dates successives coexistent avec des forces inégales. L'inégalité est telle que l'on peut soutenir qu'en droit romain, le créancier premier en rang a seul une sûreté réelle.

En effet, il peut paralyser ou détruire le droit des autres; — le paralyser : il se fait mettre en possession, en agissant contre tous détenteurs; une fois en possession, il y reste et surseoit à la vente aussi longtemps que cela lui convient. Vendre est pour lui une faculté, non une nécessité. Le débiteur, les créanciers postérieurs peuvent vendre, s'ils trouvent un acheteur assez confiant; mais le premier ne se dessaisira de la possession qu'après avoir été désintéressé (1). — Il peut même le détruire : il s'est fait mettre en possession; il vend et livre; il transporte à son acheteur une propriété purgée des hypothèques postérieures à la sienne. Il a donc fait évanouir le droit réel des créanciers qui le suivent (2). Il est créancier du prix; il le touche. Si le prix est plus considérable que sa créance, il doit rendre le surplus aux créanciers subséquents s'il les connaît (3), sinon au débiteur lui-même. Qu'il opère ou non cette restitution, qu'il devienne ou non insolvable, il n'importe; le tiers acheteur est inattaquable. Le premier créancier a-t-il de bonne foi rendu l'excédant du prix au débiteur, il est en règle, affranchi de toute obligation. Les créanciers hypothécaires postérieurs n'ont plus qu'une action personnelle contre le débiteur. Ils n'ont donc plus, à partir de la vente et de la tradition, faite par le premier, de sûreté réelle. Un créancier hypothécaire primé n'a qu'une garantie incertaine; il est à la merci du créancier qui le précède et le domine.

Les Romains, après avoir entouré la première hypothèque d'une telle force que la cause des créanciers subséquents en est compromise, ont cru rétablir l'équilibre, autant que la justice le demandait, en donnant à tout créancier hypothécaire, quel que fût son rang, le moyen de devenir premier, le droit de prendre la place du premier. Ce moyen est le *jus offerendæ pecuniæ* qui ouvre une *successio in locum*. Payer un créancier, comme un débiteur le payerait valablement, tout le monde en a le droit. Payer et éteindre la dette d'autrui, lorsque le créancier et le débiteur sont d'accord pour désirer la persistance de leur rapport d'obligation, c'est déjà un privilège qui justifie l'expression *jus offerendi*. Mais prendre ce que la position du créancier payé avait d'utile, prendre son rang, quand il est hypothécaire, afin d'être plus sûr de recouvrer la somme ainsi déboursée, c'est un avantage conféré à quelques personnes dignes de faveur, notam-

(1) POMP. f. 6. DIG. 13. 7. — PAUL. f. 13. DIG. 20. 5. — (2) ALEX. l. 1. COD. 8. 20. *Si antiq. cred.* — (3) MARC. f. 12. § 5. DIG. 20. 4. Quelle action personnelle était accordée au second créancier contre le premier qui avait vendu et touché un prix excédant sa créance? On ne le sait.

ment aux créanciers qui ont hypothèque sur le même bien ; ils confirment ainsi leur propre hypothèque (1).

Un créancier hypothécaire, menacé de l'exercice du *jus offerendæ pecuniæ*, et qui, ayant un bon placement, veut le conserver, n'a qu'une ressource, celle d'exercer lui-même le *jus offerendi* contre celui qui le menace. Dans ce conflit entre des créanciers hypothécaires qui se font des offres réciproques de remboursement, l'avantage reste à celui qui est le premier en rang (2).

Le *jus offerendi* améliore notablement la situation du créancier hypothécaire primé par un autre. Encore faut-il pour en user avoir des capitaux à sa disposition.

Le système hypothécaire devait subir dans les législations modernes une transformation préparée, mais non accomplie par la jurisprudence romaine. Après avoir eu comme unique garantie la possession, le créancier avait conquis le droit de se payer sur le prix de la chose par lui vendue. Pour que les droits des créanciers auxquels une même chose a été affectée fussent équitablement balancés, pour que le second eût à son rang une sûreté réelle comme le premier, il fallait retrancher de l'hypothèque ce qui avait été son premier objet, à savoir, la possession, parce que la possession profite à un seul et nuit aux autres ; il fallait donner à tout créancier hypothécaire, premier ou dernier, le droit de saisir et de mettre en vente. La vente aux enchères, dont les Romains ont entrevu (3), mais non pas pleinement employé l'utilité, devait assurer à tous que le prix serait porté à la plus haute valeur. Le prix mis en distribution ne devait arriver aux mains de chaque créancier que dans la mesure de son droit. Après ces changements, dont l'honneur revient au législateur moderne, l'hypothèque peut être définie au moyen de la préférence qu'elle entraîne et comporte sur le prix, sans que l'idée de la possession y figure. Préférence sur le prix, distribution du prix dans un certain ordre entre les créanciers hypothécaires, assurance pour le dernier comme pour le premier d'être payé, s'il y a lieu, à son rang, ces idées caractéristiques de notre théorie actuelle ne doivent pas être transportées dans l'explication des lois romaines. En résumé, afin de rester dans la vérité historique, il convient, croyons-nous, de donner de l'hypothèque une définition différente selon les époques.

Époque classique : droit réel permettant à un créancier de se faire mettre, au moyen d'une action *in rem*, en possession d'une

(1) Sever. et Ant. l. 1. Alex. l. 5. Cod. 8. 18. *Qui pot.* App. 12. liv. 3. — (2) Paul. *Sent.* liv. 2. tit. 13. § 8. Voy. M. Jourdan, *l'Hypothèque*, expos. hist. et dog., p. 475. — (3) Alex. l. 4. Cod. 8. 28. — Alex. l. 1. Justin. l. 3. Cod. 8. 34. *De jure dom. impetr.*

chose pour sûreté d'une dette; droit auquel les parties peuvent joindre le pouvoir pour le créancier de vendre, d'aliéner et de se payer sur le prix.

Époque du Bas-Empire : droit réel qui autorise un créancier à se faire mettre en possession, à vendre, aliéner, et se payer sur le prix.

Époque moderne : droit réel emportant pour un créancier droit de paiement par préférence sur le prix. La préférence sur le prix n'est plus subordonnée à la possession et à la vente par le créancier. La préférence est partant assurée au dernier aussi bien qu'au premier, pourvu que le prix qui doit être déterminé par des enchères soit suffisant.

La règle si souvent répétée *prior tempore, potior jure*, a elle-même, avec le temps, changé de valeur et de signification.

En droit romain, le plus ancien créancier est le plus fort dans le droit de prendre possession, dans le droit de vendre, dans le droit d'être payé.

En droit français, ne parlons plus de possession; le droit de saisir et mettre en vente appartient à tout créancier muni d'un titre exécutoire. L'ancienneté n'assure plus que le paiement par préférence sur le prix mis en distribution.

Nous avons essayé de caractériser dans ses éléments principaux le système hypothécaire romain et de mettre en relief le rôle, trop souvent oublié, qu'y joue la possession.

Les Romains ont laissé beaucoup à faire dans la constitution des sûretés réelles, dans l'organisation du crédit réel. Mais ils ont ouvert la voie; ils ont eu le grand mérite de diriger le droit, non plus vers l'attribution de la propriété au créancier, non pas exclusivement vers l'attribution de la possession, mais et surtout vers la préférence à exercer sur le prix. Là est le trait de lumière qui a jailli du sein de la jurisprudence romaine.

J. E. L.

---

## APPENDICE IV. (Nos 588, 2141.)

### DE LA DOT.

La matière de la dot, dont les notions ont été disséminées dans les *Instituts* (1), mérite d'être l'objet d'une vue d'ensemble. Elle

(1) Inst. liv. 2. pr. tit. 2. § 3 et suiv. Explic. nos 582 à 588 et 597 à 600, et Inst. liv. 4. tit. 6. § 29. Explic. nos 2136 à 2141.

Ce sujet a été traité de la façon la plus remarquable par notre regretté collègue et ami M. Gide, sous ce titre : *Du caractère de la dot en droit romain*. Nous emprunterons beaucoup à son excellent travail. Nous en conseillons d'autant plus vivement la lecture que l'on y trouvera, outre des développements ingénieux que nous omettrons, le mérite d'un style plein de charme et de relief.

forme comme un trait d'union entre le droit de la famille et le droit qui régit les biens. Elle a subi par contre-coup l'effet des changements accomplis dans l'organisation de la famille et dans les successions *ab intestat*. En considérant ce point unique, nous y verrons paraître le reflet des principales transformations des mœurs et de la société.

Nous supposerons un mariage sans *conventio mulieris in manum mariti*, sans changement de famille pour la femme. Tel est l'état le plus fréquent à la fin de la République et sous l'Empire. La dot, en son sens propre, répond à ce régime de mariage dans lequel les fortunes des époux restent distinctes.

Dans le mariage sans *manus*, le rapport entre les époux est moral plutôt que juridique. Le droit romain n'a pas attribué à la mère une place convenable au foyer domestique. Cela vient de ce que la famille reposait sur la puissance paternelle, qui était le privilége du sexe masculin. Lorsque la femme n'a pas voulu se soumettre à son mari comme une fille de famille, elle n'est unie à ses enfants par aucun lien de parenté civile. En d'autres termes, les enfants nés d'un juste mariage, non accompagné de la constitution de la *manus*, sont membres de la famille civile de leur père, étrangers à la famille civile de leur mère. Héritiers siens de leur père ou de leur grand-père paternel, ils ne sont appelés par la loi à l'hérédité ni de leur mère, ni des parents de celle-ci.

Il est pourtant naturel et raisonnable que la femme ou les parents de la femme contribuent à augmenter les ressources pécuniaires de la famille qui naîtra du mariage. Les Romains, admettant le concours égal des descendants de tout sexe dans la succession paternelle, voyaient les fortunes se partager également entre les fils et les filles; ils étaient d'ailleurs fort intéressés; ils ont voulu et devaient vouloir que la fortune de la mère concourût avec celle du père à procurer aux enfants des moyens d'existence.

Dans cette pensée, la femme, si elle était *sui juris*, sinon le père de famille de la femme, fit au mari ou au futur mari une donation, donation qui accrut à perpétuité le patrimoine du mari. Le but est atteint; car ce patrimoine ainsi accru est celui dont les revenus subviendront à la postérité du mariage, celui dont les enfants issus du mariage seront *vivo patre* en quelque sorte copropriétaires, celui qu'ils recueilleront comme hérédité à la mort de leur père (1). L'objet de cette donation, faite par la femme ou par une personne agissant dans l'intérêt de la femme, faite au mari en considération du mariage, est la *res uxoria*, l'apport de l'épouse, la dot. Si l'on veut appliquer à la dot prise à son origine la définition moderne, apport de la femme pour aider le mari à supporter les charges du mariage, cela doit être entendu, non pas seulement de charges contemporaines de vie

(1) Inst. liv. 2. tit. 19. § 2. Explic. n° 807.

en commun, mais d'une charge perpétuelle, l'existence, le sort pécuniaire de la descendance à naître du mariage. Tel est sans doute le sens primitif de la maxime : *Dotis causa est perpetua* (1).

L'intérêt des enfants obtenait ainsi satisfaction; celui de la femme n'était pas sacrifié. Qu'elle se fût ou non réservé des biens propres, des paraphernaux (2), elle profitait dans la vie commune du revenu des biens donnés à son mari. Le mariage ne se dissolvait guère, dans les temps anciens, que par la mort; le divorce était rarement pratiqué. Le mari, mourant le premier, ne négligeait pas de laisser à sa veuve par un legs dans son testament, des moyens d'existence, presque toujours en lui conférant des droits viagers (3).

Le divorce, devenu plus fréquent, a rompu l'harmonie de cette législation primitive.

Le mari divorcé conservera-t-il les biens dotaux, ces biens donnés en considération d'un mariage actuellement dissous, ces biens donnés par la femme, ou par affection pour la femme maintenant répudiée? S'il en est ainsi, il en consommera les revenus avec l'épouse à laquelle il s'unira en secondes noces, et il en transmettra la propriété à ses enfants, y compris ceux qui lui seront nés d'unions subséquentes.

En outre, la femme divorcée peut être jeune encore. Trouvera-t-elle à se remarier si elle n'apporte pas à son nouveau mari une dot, un contingent de ressources pour le support des charges du mariage? La société souffrira, ou du célibat auquel elle sera réduite, ou du désordre dans lequel elle tombera.

Tout donateur peut mettre une restriction à sa libéralité, et stipuler du donataire la restitution du bien donné dans telle éventualité qu'il détermine. Il peut permettre à un tiers d'intervenir et de stipuler la restitution des biens à son profit (4). L'usage s'introduisit de joindre à la constitution de dot une stipulation de retour en prévision du divorce. La femme stipula du mari, avec le consentement du donateur, si la constitution de dot n'émanait pas d'elle-même. Il était juste de tenir compte des motifs du divorce et des charges qui resteraient pour le mari du mariage dissous; sans de tels ménagements, le mari n'aurait pas fait la promesse. Aussi la stipulation fut-elle habituellement conçue en sorte que, *si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori* (5).

La coutume vint en aide à la prévoyance des particuliers. Elle suppléa à l'absence d'une stipulation de retour. Elle donna d'office

---

(1) PAUL. f. 1. DIG. 23. 3. *De jure dotium.* — (2) ULP. f. 9. § 3. DIG. 23. 3. — (3) L. 22. 24. 27. 35. 37. 38. etc. DIG. 33. 2. *De usu et usuf. et reditu per leg. datis.* — (4) *Frag. Vatic.* § 286. — (5) BOECE. *Ad. Cicer. Top.*, XVII, 65. — AULU-GELLE, *Noct. att.*, IX, 3.

à la femme survivant au mariage, divorcée ou veuve, une action personnelle contre le mari ou les héritiers du mari en restitution de la dot, *actio rei uxoriæ*.

Cette action, qui supposait en la femme un droit de créance, conféra au juge une grande latitude pour déterminer ce qui devait être rendu à la femme. La formule de l'action reflèta la *cautio* usitée dont nous avons cité les termes. Le juge statuait *uti æquius melius* (1). Plus tard, l'arbitraire du juge fut remplacé par des règles fixes. Ce que le mari retiendrait selon les circonstances diverses, fut déterminé *à priori* par la jurisprudence (2).

Le but poursuivi dans ce développement remarquable de la coutume, est défini par cette pensée exprimée sous plusieurs formes : *Interest reipublicæ mulierem dotem... consequi ut ætate permittente nubere possit* (3). Fournir à la femme, sortie assez jeune encore de l'état de mariage, le moyen de se remarier, tout a été, dans le règlement de l'action *rei uxoriæ,* modelé sur ce résultat à obtenir.

La femme est-elle *alieni juris?* Par dérogation au droit commun, elle est autorisée à concourir avec son père de famille à l'exercice de l'action pour veiller à la conservation de sa dot (4).

La femme qui a survécu à un premier mariage, meurt-elle ensuite avant d'avoir mis le mari ou les héritiers du mari en demeure de restituer la dot? L'action *rei uxoriæ* s'éteint (5).

La femme est-elle morte dans le mariage? En a-t-elle, par sa mort, causé la dissolution? L'action *rei uxoriæ* ne s'ouvre pas au profit de ses héritiers. Le mari garde la dot; s'il existe des enfants du mariage, il la leur transmettra dans son hérédité (6).

En résumé, le mari est tenu de rendre la dot à la femme qui survit au mariage, afin qu'elle puisse se remarier. L'obligation que la coutume lui impose existe dans la mesure de la possibilité de secondes noces.

Cependant les jurisconsultes de l'époque classique répètent l'adage ancien : *Dotis causa perpetua est.* La phrase a changé de sens; elle a une signification purement juridique. Elle exprime qu'en vertu de la donation à lui faite à titre de dot, le mari acquiert un droit perpétuel. L'obligation que sa personne subit de restituer la dot n'empêche pas le mari d'être investi d'une propriété parfaite et perpétuelle. D'ailleurs, la restitution est éventuelle, et, si l'éventualité ne se réalise pas, si la femme meurt dans le mariage, le mari reste à perpétuité propriétaire des biens dotaux. *Dos apud virum remanet.*

Cette réforme, inspirée par l'intérêt de la société, destinée à

---

(1) Cic. *Top.*, 17. Gai. f. 8. Dig. 4. 5. *De cap. minut.* — (2) Ulp. *Reg.*, tit. 6. §§ 9 et suiv. — (3) Paul. f. 2. Dig. 23. 3. — Pomp. f. 1. Dig. 24. 3. *Sol. matr.* — Paul. l. 18. Dig. 42. 5. *De reb. auct.* — (4) Ulp. *Reg.* tit. 6. § 6. Ulp. f. 2. § 1. Paul. f. 3. Dig. 24. 3. — (5) Ulp. *Reg.* tit. 6. § 7. *Fr. Vatic.* § 112. — (6) Ulp. *Reg.* tit. 6. § 4.

favoriser les seconds mariages, nuisit gravement aux intérêts des enfants du mariage dissous. La restitution des biens dotaux à leur mère divorcée enlevait à ces enfants la chance de les avoir un jour comme héritiers. Ils n'étaient pas héritiers *ab intestat* de leur mère, avec laquelle ils n'avaient pas de lien d'agnation. Héritiers testamentaires, rarement ils pouvaient l'être. Jusqu'à Hadrien, les femmes ingénues n'avaient pas le droit de tester. Il est vrai qu'une femme *sui juris,* ingénue, grâce à une *coemptio* et une émancipation, se plaçait dans la situation d'une affranchie et acquérait le droit de tester (1); mais ce procédé, qui, s'il ne la soumettait pas à une *manus* durable, la faisait définitivement sortir de sa famille d'origine, ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation de ses tuteurs. Il fallait donc que la famille civile de la femme, par l'organe des tuteurs qui en défendaient les intérêts, eût abdiqué ses droits à l'hérédité légitime pour que les enfants pussent être institués héritiers dans le testament maternel.

Nous savons bien que de très-bonne heure, et déjà sous la République, le préteur avait attaché des droits de succession à la parenté naturelle par la *bonorum possessio unde cognati*. Or, les enfants ont avec leur mère un lien manifeste de cognation. Mais cette *bonorum possessio* n'est accordée que subsidiairement à *la bonorum possessio unde legitimi* offerte aux héritiers légitimes, notamment aux agnats héritiers (2). Il suffisait donc que la défunte eût un frère ou un cousin agnat se portant héritier, pour que ses enfants fussent exclus de sa succession.

La dot, par son retour à la femme divorcée, était détournée de l'un des buts qu'elle devait atteindre. Constituée en vue d'un mariage et de la postérité à naître de ce mariage, elle était employée comme un moyen de favoriser une seconde union. La *retentio propter liberos* à exercer par le premier mari n'était qu'un correctif imparfait; elle n'avait lieu que si le divorce provenait de la faute de l'épouse (3).

Aussi la réforme dont nous parlons est-elle toujours motivée par le salut de la République. La diminution de la population romaine, surtout du nombre des ingénus, c'est-à-dire des personnes nées libres, était un malheur social. On voulut y porter remède en perpétuant l'état de mariage, malgré le divorce qui venait fréquemment l'interrompre. L'intérêt de l'État l'emporta sur toute autre considération.

Une fois la législation lancée en cette voie, les anomalies se multiplièrent dans la matière de la dot. Il ne suffisait pas d'avoir imposé au mari l'obligation de rendre la dot, il fallait assurer l'exécution de cette obligation. — Le mari est plein propriétaire des biens dotaux; la femme n'a aucun démembrement de la pro-

(1) GAI. Comm. 1, § 115a. — (2) INST. liv. 3. tit. 5. pr. — Explic. n° 1070. — (3) ULP. *Reg.*, tit. 6. § 10.

priété; elle est devenue simplement créancière sous une condition. Néanmoins, une loi *Julia* décida que le mari ne pourrait aliéner les immeubles dotaux, dont il doit la restitution à sa femme, qu'avec le consentement de celle-ci. Faite sans ce consentement, l'aliénation est nulle, sauf à être confirmée plus tard si la condition de la restitution ne se réalise pas, notamment si la femme meurt dans le mariage (1).

Comment la femme profitera-t-elle de cette prohibition et de la nullité qui en résulte? Ce point exige une explication. — L'aliénation étant nulle, le mari n'aura pas cessé d'être propriétaire. Soit; mais la femme n'est toujours que créancière, dépourvue du droit d'agir à l'encontre d'un tiers mis en possession; et, contre son mari, elle n'a ni plus ni moins de droit après qu'avant la loi *Julia*. Elle est créancière; elle est en relation juridique avec le mari son débiteur et nullement avec le tiers acquéreur, quoique l'acquisition de ce dernier soit frappée de nullité à son profit. — Le système de la loi Julia ne se comprend que combiné avec un *privilegium* dont la créance de la femme est fortifiée (2). La femme doit être payée du montant de la dot restituable, par préférence aux autres créanciers, sur l'ensemble des biens du mari. En général, un *privilegium inter personales actiones*, comme celui de la femme, est inutile en face d'un débiteur qui a dissipé, aliéné tout son actif. Mais pour la femme, grâce à la loi Julia, il y aura toujours au moins, dans le patrimoine du mari, l'action en revendication des immeubles dotaux. Écartant les autres créanciers par la vertu de son privilège, la femme se fera attribuer cette action, qu'elle exercera contre les tiers sous forme d'action utile. Telle est sans doute la combinaison.

L'intérêt de l'État est sauvegardé; la femme recouvrera sa dot et aura la faculté de se remarier. Mais l'intérêt des enfants nés d'un mariage dissous par le divorce, reste en souffrance. Ils voient leur échapper les biens qui, donnés à leur père, avaient favorisé leur naissance et formaient le soutien de leur existence à venir. Après les considérations politiques, les suggestions de l'équité ont été entendues.

Sous les Antonins, les enfants ont été préservés du préjudice que leur causait la restitution de la dot à leur mère. A cette époque la parenté naturelle a commencé à être, dans d'étroites limites il est vrai, une cause de vocation à l'hérédité légitime. Les enfants succéderont comme héritiers en premier ordre à leur mère (3). Le résultat, au point de vue du sujet qui nous occupe, est excellent; du même coup une injustice provenant d'une inno-

---

(1) Inst. liv. 2. tit. 8. pr. Explic. nº 597. — Ulp. f. 42. Dig. 41. 2. *De acq. pos.* — Marc. 17. Dig. 23. 5. *De fund. dol.* — (2) Ulp. f. 17. § 1. Paul. f. 18. Ulp. f. 19. pr. Dig. 42. 5. *De reb. auct.* — (3) Inst. liv. 3. tit. 4. pr. Explic. nº 1065.

vation toute politique est réparée, et une amélioration sur le droit ancien est accomplie. En effet, les enfants recueilleront dans l'hérédité de leur mère les biens dotaux, restitués à celle-ci; ils n'en seront plus privés. En outre, la transmission des biens dotaux par l'hérédité de la mère vaut mieux que la primitive dévolution par l'hérédité paternelle; sur l'hérédité du père les enfants du mariage doté concouraient avec les enfants survenus à celui-ci d'unions subséquentes; dans l'hérédité maternelle, ils ne seront en concours qu'avec d'autres enfants nés comme eux de la personne par qui ou en faveur de qui la dot a été constituée. La dot sortie de la fortune de la femme, ou du cercle des affections qui avaient entouré la femme au moment de son mariage, allait autrefois enrichir des descendants nés d'une autre épouse. Maintenant les biens dotaux rendus à une femme divorcée seront par elle transmis héréditairement à ses propres enfants, nés de différents lits peut-être, mais tous issus de la personne dont l'avoir a fourni ou dont l'affection a inspiré la donation dotale.

L'innovation opérée par le sénatus-consulte Orphitien a exercé une heureuse influence sur le régime de la dot. Elle a dû déterminer un changement dans la teneur de la stipulation ayant pour objet le retour de la dot. Jusqu'à présent nous avons supposé que la femme stipulait, ce que l'action *rei uxoriæ* avait pour objet d'amener, une sorte de partage de la dot selon l'arbitrage d'un homme de bien, une sorte de transaction entre les époux qui se séparaient. L'habitude se répandit, sans doute après les équitables réformes de Marc-Aurèle, de stipuler la restitution de la dot entière. La femme y trouva plusieurs avantages. La *retentio propter liberos* notamment ne s'exerçait plus. Cela était dur pour le mari devenu père; mais cela n'était pas sans logique. Le mari ne pouvait plus invoquer l'intérêt des enfants, puisque cet intérêt trouvait une meilleure satisfaction dans le S. C. Orphitien.

Sous d'autres rapports, la femme, en stipulant une restitution intégrale de sa dot, acquit une créance préférable à l'action *rei uxoriæ* (1). Nous ne signalerons que les effets principaux.

D'abord la femme pourvoit ainsi plus efficacement à l'intérêt de ses héritiers et en première ligne de ses enfants. Si elle meurt dans le mariage, ses enfants auront le bénéfice immédiat du contrat fait par leur mère, ils auront droit à la restitution de la dot; tandis que, sans cette stipulation, la dot serait, en ce cas, restée dans le patrimoine du mari, exposée à subir le courant d'affections nouvelles, transmissible héréditairement, selon la loi, à toute la postérité de cet homme, sans distinction de lits (2).

Ajoutons que, si le mari avait dans son testament fait des libé-

(1) Just. l. 1. Code. 5. 13. *De rei ux. act.* Inst. Expl. n° 2140. — (2) L. 1. Cod. 5. 13.

ralités à sa veuve, le préteur présumait que ces libéralités étaient destinées à tenir lieu de la restitution coutumière de la dot. Il imposait en conséquence à la femme d'opter entre les avantages testamentaires et l'action *rei uxoriæ*. Tel était l'objet de l'édit *de alterutro*. La femme qui a stipulé la restitution de sa dot est soustraite à cette loi d'option; elle cumulera, et le bénéfice du contrat de retour, et le bénéfice des libéralités contenues dans le testament de son mari, sauf déclaration d'une volonté contraire de la part de ce dernier (1).

Le tableau des conséquences résultant pour la femme d'une stipulation de retour a aussi ses ombres.

Si la femme est fille de famille, la créance née du contrat est acquise au père de famille et passe, à la mort de celui-ci, à ses héritiers, par exemple à tous ses enfants, à ses fils comme à sa fille dotée. La restitution stipulée contrarie le but de la dot, qui ne reste pas tout entière à la femme pour favoriser une seconde union (2).

Il ne paraît pas que la femme exerçant la *condictio* en vertu de la stipulation par elle faite puisse se prévaloir du *privilegium exigendi* (3).

Justinien trouve la législation et les mœurs dans une sorte de contradiction. Le droit déclare le mari propriétaire des biens dotaux (4). En fait, la dot est considérée comme faisant partie de la fortune de la femme. Les jurisconsultes eux-mêmes se servent d'expressions qui se combattent et proviennent de deux courants d'idées contraires : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (5).

L'empereur byzantin entreprend de faire cesser le désaccord; il accomplit deux réformes, l'une concernant l'objet, le montant, la condition de la restitution dotale, l'autre concernant la nature du droit dont la femme est investie pour obtenir la restitution.

Et d'abord, Justinien constate que l'idée d'après laquelle la dot est à la femme, est dominante dans les esprits, ainsi que l'atteste la fréquence de la stipulation du retour, qu'elle est raisonnable, répondant aux intentions des parties et aux véritables intérêts de la société. Il en fait la base du droit nouveau. Partant, il préfère aux règles de l'action *rei uxoriæ* celles de l'action *ex stipulatu*, destinée à réaliser cette idée. Toutefois, il reconnaît que les époux, en convenant de cette restitution très-naturelle dans la forme d'un contrat de droit strict, perdaient certains avantages justement attachés, pour l'un ou pour l'autre, par la coutume à l'action *rei uxoriæ*. Il opère une fusion entre l'action *ex stipu-*

---

(1) L. 1. § 3. Cod. 5. 13. — (2) L. 1. § 11. Cod. 5. 13. — (3) Arg. Hermog. f. 74. Dig. 23. 3. *De jure dot.* Paul. f. 29. Dig. 46. 2. *De nov.* — (4) Voy. M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 3 et suiv. — (5) Tryph. f. 75. Dig. 23. 3.

*latu* et l'action *rei uxoriæ;* il donne d'office à la femme ou aux héritiers de celle-ci, pour obtenir la restitution de la dot à la dissolution du mariage, une action dont les règles sont empruntées tantôt à l'action *ex stipulatu,* tantôt à l'action *rei uxoriæ.*

Les caractères de l'action *ex stipulatu* dominent en ce que : 1° la dot sera restituable, à la dissolution du mariage, à la femme survivante ou aux héritiers de la femme prédécédée (la dot doit compter comme élément dans le patrimoine et dans l'hérédité de la femme) ; 2° la femme gratifiée par son mari de dispositions à cause de mort en cumulera le bénéfice avec la créance en restitution de la dot (elle recouvre la dot comme son bien ; elle n'est pas pour cela inhabile à profiter des libéralités que lui fait son mari ; — maintenant que la restitution de la dot est considérée, non plus comme une grâce faite à la femme, mais comme l'acquittement d'une dette normale, il n'y a plus de raison pour présumer que le mari ait voulu, sous l'apparence d'une libéralité, purement et simplement se libérer d'une dette) ; 3° les rétentions disparaissent (la femme demande non pas un partage équitable, mais la restitution intégrale de sa dot ; y eût-il une postérité du mariage, la restitution doit être entière ; conforme au droit reconnu de la femme, elle n'est pas contraire aux intérêts des enfants, héritiers présomptifs de leur mère). Si le mari a contre la femme des causes de créance, cette circonstance donnera lieu à compensation dans les termes du droit commun ; le juge sera toujours maître d'écarter une compensation qui retarderait la restitution due à la femme (1).

Quant à la nature du droit exercé par la femme, ce droit, en certains cas, est incontestablement et ne peut être qu'un droit de créance, par exemple, si la dot consiste en une somme de monnaie ou en biens estimés. Justinien a fortifié la sûreté réelle de cette créance ; il a remplacé le *privilegium inter personales actiones* par une hypothèque générale sur tous les biens du mari (2). L'hypothèque a, sur le *privilegium,* cette supériorité qu'elle affecte, non pas le patrimoine vaguement et en son ensemble, mais chaque bien entrant dans le patrimoine ; elle affecte et frappe chaque bien, au point de le suivre entre les mains des tiers en dépit de tous les droits réels à eux conférés postérieurement. Le résultat, favorable à la femme dotée, est funeste au mari. Ce dernier, en recevant une dot pécuniaire, perd, pour ainsi dire, en facultés ou ressources, d'un côté, autant qu'il acquiert de l'autre ; il perd la disponibilité de ses biens hypothéqués en proportion de la valeur dotale dont il acquiert la dis-

(1) Inst. liv. 4. tit. 6. § 29. Explic. nos 2137 à 2141. L. 1. Code 5. 13. — (2) L. 1. § 1. Cod. 5. 13. Le *Privilegium inter personales actiones* était une institution très-ingénieuse ; appliquée à la protection des incapables, elle avait le mérite de constituer une sûreté sans détruire chez le protecteur le crédit et la faculté de disposer de ses biens.

position. Il a ou peut avoir des revenus plus considérables qu'avant le mariage, mais les capitaux dont il dispose pour entreprendre ne sont pas augmentés.

Lorsque la dot consiste en corps certains, le progrès de législation auquel nous avons assisté préparait et appelait un dénoûment nécessaire. La dot, soit que la constitution émane de la femme ou d'une personne mue par l'affection que la femme lui inspire, fait partie de la fortune de la femme. La dot est confiée au mari afin qu'avec les revenus il subvienne aux dépenses de la famille fondée par le mariage et vivant sous sa direction dans une unité complète. Si le faisceau de la famille vient à être rompu par la dissolution du mariage, la dot doit être rendue à la femme. La dot n'a plus, par rapport au mari, qu'une destination temporaire et non plus, comme autrefois, une destination perpétuelle. Le mari a droit aux fruits de la dot pendant le mariage ; ces fruits sont corrélatifs aux charges qu'il supporte tant que la famille est unie ; à la fin du mariage, le mari ne peut rien garder du capital de la dot ; il n'est dispensé de rendre que ce qu'un usufruitier conserverait.

Le dénoûment inévitable de cette transformation est celui-ci : la femme est propriétaire des biens dotaux subsistant en nature ; le mari n'en est qu'usufruitier.

Ce dernier changement, Justinien l'a-t-il fait? Nous croyons qu'il en a eu la pensée, l'intention ; il l'a fort mal exprimée. C'est l'objet d'une constitution célèbre, d'un sens fort discuté, la loi 30 au Code : *De jure dotium* (5. 12). Analysons le contenu de cette constitution.

Quel est le motif indiqué de la réforme? « Selon la subtilité du droit, le mari est déclaré propriétaire des biens dotaux. Mais selon le droit naturel, la femme en a la propriété. » L'empereur veut évidemment faire prévaloir le droit naturel sur ce qu'il appelle la subtilité du droit ancien.

Quelle est la décision prise? « La femme aura, pour revendiquer les biens dotaux existant en nature (*in his vindicandis, si tamen exstant*), une action *in rem* jouissant de toute prérogative et devant l'emporter sur tous les créanciers, même antérieurs, du mari ; car elle est propriétaire. »

*Cum eædem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio... Volumus itaque eam in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere.*

Rien ne semble plus clair ; d'où provient le doute? Le doute provient de ce que Justinien, renonçant au rôle de législateur, voulant ménager les doctrines anciennes, croit pouvoir arriver à son but par une double voie, et laisse le choix entre deux théories sur la dot.

« Adoptez-vous la simplicité du droit naturel? Dites que la femme propriétaire a une action en revendication. Restez-vous

fidèle à la subtilité du droit civil? Dites que la femme créancière a relativement aux biens dotaux une action hypothécaire avec préférence sur tous les créanciers, même antérieurs, du mari. — Le choix n'a pas d'importance pratique; car, par l'une ou l'autre action, il est pleinement pourvu aux intérêts de la femme; *ut per utramque viam sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.* »

La controverse s'élève. Justinien, disent des interprètes d'une grande autorité, a tort d'affirmer que l'action hypothécaire ait la même énergie que l'action en revendication. Celui qui est muni d'une action hypothécaire peut être désarmé par le *jus offerendæ pecuniæ,* par un paiement. Donc si la femme n'a qu'une action hypothécaire, elle sera exposée à se voir offrir le montant en valeur de sa dot par un tiers possesseur qui gardera les biens dotaux en nature; résultat auquel la femme échapperait par une action en revendication. On est donc réduit à la nécessité d'opter, dans l'interprétation de la loi, entre l'une ou l'autre de ces deux actions. La tradition doit faire pencher la balance en faveur de l'idée que la femme est créancière, avec hypothèque privilégiée sur les biens dotaux.

L'empereur peut, suivant nous, être justifié, non pas d'avoir laissé, lui législateur, le choix entre deux théories contraires, mais d'avoir cru que, par l'une ou l'autre voie, le même but pratique serait atteint en ce qui concerne le recouvrement de la dot. En effet, la femme considérée comme créancière hypothécaire en vertu de la loi que nous étudions, est dans cette situation tout à fait singulière qu'elle a hypothèque précisément sur les biens dont elle est créancière. Cette circonstance modifie l'exercice du *jus offerendi* et donne à l'action hypothécaire une force inaccoutumée. Le tiers qui, pour échapper à la poursuite hypothécaire, recourt au *jus offerendi,* doit offrir ce qui est dû au demandeur. Or, ici ce qui est dû, c'est la chose même détenue par le défendeur et sur laquelle porte l'action hypothécaire. « Vous voulez me payer, dira la femme, soit, livrez-moi ce qui m'est dû, le bien dotal lui-même. Le succès du *jus offerendi* repose sur ce que le créancier demandeur est désintéressé. Vous ne me désintéressez pas, si vous voulez me contraindre à recevoir de l'argent à la place de l'objet même de ma créance, objet que vous avez entre les mains et que vous prétendez retenir à mon détriment. » Par cette raison, l'alternative habituelle dont jouit le défendeur à l'action hypothécaire, de payer ou de délaisser, se trouve, dans notre hypothèse, réduite à une seule faculté, ou mieux, à une nécessité unique, celle de délaisser, c'est-à-dire de rendre à la femme le bien dotal sur lequel elle a, en même temps, droit de créance et droit d'hypothèque. C'est ainsi que l'action hypothécaire acquiert, en ce cas particulier, une efficacité, une énergie égales à celles de l'action en revendication.

L'exactitude de notre raisonnement est critiquée par ce motif que le mari, ayant le droit d'aliéner les meubles dotaux, transforme, dit-on, en le faisant, l'objet de la créance de la femme, qui ne peut plus exiger qu'une somme d'argent. — Nous le nions formellement. Un débiteur ne peut changer l'objet de sa dette. L'aliénation de la chose qu'il doit et dont il est propriétaire, est valable en ce sens que le créancier n'a pas d'action contre le tiers acquéreur, mais non pas en ce sens qu'il ne soit plus créancier du même objet. D'ailleurs, la critique ne porte pas lorsque le mari a seulement hypothéqué le meuble dotal (1).

Sur tous ces points nous regrettons d'être en dissentiment avec le savant auteur dont nous avons cité le travail plein de charme et de séduction. Ce docte et ingénieux professeur va même plus loin que ceux qui réduisent la femme à un droit de créance avec hypothèque sur les biens dotaux existant en nature; il croit que Justinien, par sa constitution de l'an 529, n'a conféré à la femme, ni une action en revendication (2), ni même une action *in rem* hypothécaire (3), mais qu'il a seulement augmenté la force du privilège accompagnant la créance du retour de la dot. La femme créancière privilégiée l'emportera sur tous les créanciers, même hypothécaires, du mari, relativement aux biens dotaux que le mari n'aura pas aliénés (4).

Quel est l'intérêt de la controverse? Il est nul relativement aux immeubles dotaux que les volontés des deux époux concourant ensemble ne sauraient aliéner. Il existe à l'égard des biens dotaux mobiliers individuellement déterminés.

Selon l'opinion que nous adoptons, à partir de l'an 529, le mari n'a pu aliéner les meubles dotaux sans le consentement de

---

(1) Alban d'Hauthuile, *Du rég. dot. chez les Rom. Rev. de législ.*, t. VII, p. 204. — (2) Quoiqu'il ait pris soin de déclarer à plusieurs reprises la femme propriétaire selon le droit naturel. — (3) Quoique les mots *in rem* y soient prononcés deux fois. — (4) C'est ainsi que M. Gide explique les mots : *si tamen exstant;* mots que nous traduisons ainsi : si les choses données existent encore en nature. Nous donnons à cette expression le sens qu'elle a dans le fragment 36 de Paul au Dig. 24. 1. *De don. int. vir. et ux.* — Dans la constitution 30 au Code *De jure dotium*, 5. 12, Justinien s'occupe, en même temps et pour les soumettre aux mêmes règles de restitution, et des biens dotaux non estimés et des biens donnés avec estimation. L'empereur veut que dans les deux hypothèses la femme ait un droit de même nature sur les biens donnés eux-mêmes. Quand il s'agit des biens donnés avec estimation, le mari a certes la propriété; le droit de la femme ne peut être qu'une créance hypothécaire ou privilégiée. Les tiers ont alors la faculté d'arrêter la poursuite de la femme en payant à celle-ci une somme d'argent égale à celle dont la femme est créancière. — La réunion, dans une même loi, de ces deux hypothèses pour les régir en même temps et de même façon, fournit, il faut l'avouer, à l'interprétation que nous rejetons un argument d'une certaine force, mais non pas un appui inébranlable. En tout cas, il faut savoir si l'action ouverte à la femme est *in rem;* ce que la constitution affirme; ce que l'on a été jusqu'à contester. Si elle est *in rem,* et le texte le dit, les conséquences que nous admettons sont, à nos yeux, d'une logique nécessaire.

sa femme; car de sa seule volonté il ne peut anéantir ou transporter aux tiers le droit de propriété reconnu à la femme dotée.

Selon l'opinion contraire à la nôtre, le mari, même après la constitution de l'an 529, a pu aliéner les meubles dotaux sans le consentement de la femme. Quant à l'amélioration introduite par cette loi dans la situation de la femme, sur ce point les avis se partagent. D'après les uns, la femme a une action *in rem* hypothécaire ayant pour objet les biens eux-mêmes. Mais comme l'aliénation d'un meuble est valable, le tiers peut, en payant la valeur du bien, échapper à l'éviction. D'après M. Gide, la femme doit respecter l'aliénation de ses meubles dotaux et n'a aucune action contre les tiers acquéreurs. Le seul avantage qu'elle ait conquis en 529, c'est de n'avoir rien à redouter, pour l'exercice de son privilège, d'une hypothèque constituée par son mari sur ses meubles dotaux. Le mari peut aliéner, mais ne peut hypothéquer les meubles dotaux.

Le système que notre collègue a déduit de la Constitution *In rebus dotalibus* nous paraît, au surplus, devoir être circonscrit dans une période de temps bien courte.

En l'an 530, Justinien a certainement donné à la femme hypothèque sur tous les biens du mari pour sûreté de la restitution de la dot. Or, si les biens dotaux, comme on le soutient, continuent à appartenir au mari, ils sont affectés de cette hypothèque générale. Donc à partir de l'an 530, tout au moins, le mari qui, sans le consentement de sa femme, aliène un meuble dotal, n'en transmet la propriété que sous la charge de l'hypothèque assurant la restitution de la dot. La femme a une action *in rem* hypothécaire au moyen de laquelle elle peut suivre en toutes mains le meuble dont elle est créancière.

Plaçons-nous donc après l'année 530, et nous ne verrons plus en présence et en lutte que deux opinions.

L'une, que nous croyons vraie, soutient que la femme est propriétaire des biens dotaux individuellement déterminés et existant en nature. Le mari ne peut, en conséquence, aliéner ou hypothéquer les meubles que de la volonté de sa femme. Il ne peut, même avec l'assentiment de celle-ci, aliéner ou hypothéquer les immeubles. La femme a la faculté de revendiquer les meubles à l'aliénation desquels elle n'a pas consenti et, presque en tous cas, les immeubles.

L'autre opinion, qui est dominante, proclame que le mari est demeuré jusque dans le dernier état du droit romain, propriétaire des biens dotaux. Incapable d'aliéner les immeubles, il est libre de disposer des meubles et d'en transporter la propriété sans l'adhésion de la femme. Mais celle-ci a, pour reprendre les meubles dotaux aliénés sans son consentement, une action hypothécaire privilégiée. Cette action n'a pas la puissance d'une action en revendication, parce que le tiers acquéreur a la faculté, en indem-

nisant la femme demanderesse, de conserver le bien par lui acquis.

Nous avons jusqu'ici appuyé notre sentiment sur l'analyse de la constitution de l'an 529. Mais, il faut l'avouer, la rédaction de cette loi est embarrassée par la complexité de deux points de vue entre lesquels flotte la pensée du législateur. Ce qui, par-dessus tout, nous confirme dans notre manière de voir, ce sont deux documents postérieurs.

Dans une novelle (1), le même empereur suppose qu'un homme a successivement épousé deux femmes et reçu deux dots. Les deux mariages sont dissous. La dissolution du premier n'a pas été suivie d'une restitution immédiate de la dot, et les deux dots sont maintenant à restituer. S'il subsiste en nature des biens de la première ou de la seconde dot, la difficulté, est-il exprimé, n'est pas grande. La femme, ou les enfants de la femme au profit de laquelle la dot a été constituée, exerceront, sur les biens qui en proviennent, une action *in rem* ainsi caractérisée *in rem quæ de proprietate est*. L'empereur ajoute qu'en ce cas le demandeur n'a besoin d'aucun privilège, *nullo privilegio indigens*. Le reste de la constitution ne nous intéresse pas.

Les Basiliques ont recueilli, on le sait, des commentaires en langue grecque des œuvres de Justinien. Ces scolies jouissent d'une grande autorité. L'une de ces scolies nous présente en résumé le sens de la loi 30 au Code, *De jure dotium*, telle qu'elle a été entendue par les jurisconsultes contemporains. La femme a pour la restitution de ses biens dotaux une action directe *in rem* : δυναται η γυνη... κινειν την διρεκταν ιν ρεμ. Cette action diffère essentiellement de l'action hypothécaire que la femme a relativement à tous les autres biens du mari : την γαρ υποθηκαριαν... και κατα των αλλων του ανδρος πραγματων δυναται κινειν η γυνη (2).

Ces arguments sont démonstratifs à nos yeux. Ils manifestent la pensée de Justinien. La femme est propriétaire des biens dotaux; elle a une revendication. Aucune aliénation des meubles dotaux n'est donc possible sans la volonté de la femme.

Au surplus la question est une question de date. Le mouvement était imprimé. Le progrès avait une direction déterminée et nécessaire. Tôt ou tard, la femme devait être reconnue propriétaire des biens constitués en dot. Le mari devait être réduit à l'équivalent d'un usufruit temporaire. Justinien a, selon nous, posé le principe de cette inévitable et judicieuse réforme (3).

(1) Nov. 91, ch. I. — (2) Scolie rattachée à la loi 50. Basil. liv. 29. tit. I, paraphrase du fragment de Gaius qui est au Dig. la loi 64 du titre *de jure dotium*. Cette action en revendication est, dans l'espèce, accordée par extension et par faveur relativement à des biens non dotaux, mais achetés par le mari avec des deniers dotaux. Aussi est-elle subordonnée au fait de l'insolvabilité du mari. — (3) M. Gide l'attribue à la jurisprudence des pays de droit écrit.

Ainsi s'est accomplie une révolution dont nous avons suivi les phases successives.

A l'origine, la dot est une donation faite au mari ou au futur mari en considération du mariage. Elle confère au mari un droit et un émolument perpétuels pour lui et sa postérité légitime.

Dans le dernier état du droit, quand la dot émane d'un tiers, elle est une donation faite à la femme en considération du mariage. En tous cas, c'est-à-dire quel que soit le constituant, la femme ou un tiers, les biens dotaux doivent, d'après leur destination, être aux mains du mari, durant le mariage, afin qu'avec les revenus il pourvoie à la subsistance de la famille qui vit et se développe sous sa direction. Mais le mari ne devient propriétaire que des biens dotaux dont il ne peut jouir sans en disposer, *ou* des biens estimés.

Pour comprendre sous une expression unique la formation de la dot, soit que les biens dotaux reçoivent leur caractère de la volonté d'un tiers (cas auquel il y a mutation de propriété avec une affectation spéciale) ou de la volonté de la femme (cas auquel il y a, non plus une aliénation, mais seulement une affectation, une constitution d'usufruit), les juristes ont inventé cette formule : constitution de biens en dot.

Le changement accompli dans le régime dotal est conforme à la reconnaissance du véritable rôle de la mère dans la famille; elle participe à la puissance paternelle. La femme confie des biens à son mari pour que les ressources de la famille naissante soient administrées avec unité, tant que la famille sera au complet et dans son état normal. Si la mort ou une autre cause vient la désunir, la mère reprend et conserve sa fortune pour en disposer au profit de ses enfants, selon les inspirations de sa tendresse ou de son autorité.

J. E. Labbé.

# TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

---

## LIVRE TROISIÈME

## LIVRE QUATRIÈME.

## APPENDICES.



FIN DU TOME TROISIÈME.

Paris. — Typographie E. Plon, Nourrit et Cie, rue Garancière, 8.


Stanford Law Library
3 6105 062 382 812